# Das Abtrennungsrecht des Besitzers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

**Ernst Rumler**
Referendar.



Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1910.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

# Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.


1. Anschütz, Handbuch des französischen Zivilrechts 5. Aufl. Heidelberg 1853.
2. Beseler, System des gemeinen Deutschen Privatrechts, Berlin 1873.
3. Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Sachenrecht. II. Aufl. Berlin 1903.
4. Biermann, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 34.
5. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1882.
6. Crome, System des bürgerlichen Rechts III. Tübingen 1905.
7. Dernburg, Preußisches Privatrecht I. 5. Aufl. 1894.
8. Dernburg, Pandekten 7. Aufl. Berlin 1902.
9. Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Greifswald 1887.
10. Florey, die Verwendungsansprüche des Besitzers, Inaugural-Dissertation, Leipzig 1904.
11. Förster, Preußisches Privatrecht III. 3. Aufl. 1874.
12. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht III. 6. Aufl. Berlin 1892.
13. Glück, Pandekten, Erlangen 1807.
14. Großkopf, zur Lehre vom Retentionsrechte 1858.
15. Giercke, Deutsches Privatrecht, II 1905.
16. Grimm, Weistümer, 3. Teil, Göttingen 1842.
17. Gruchot, Beiträge, 4. Jahrgang 1891.
18. Hellmann, das Wegnahmerecht nach BGB. § 997 Abs. 1 in Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, 76. Jahrgang Nr. 17.
19. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1886.
20. Homeyer, Sachsenspiegel, Berlin 1844.

21. Karlowa, römische Rechtsgeschichte, 2. Band, Leipzig 1901.

22. Kretzschmar, das Sachenrecht des BGB. Leipzig 1906.

23. Kretzschmar, Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit u. Notariat VI. Jahrgang 1906.

24. Kretzschmar, Recht, 1907.

25. Laßberg, Schwabenspiegel, Tübingen 1840.

26. Maenner, Sachenrecht nach dem BGB. 2. Aufl. München 1906.

27. Maurenbrecher, die Rheinpreußischen Landrechte, 1. Bd. Bonn 1830.

28. Meisner, das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Breslau 1907.

29. Meyer, Herbert, die rechtliche Natur der nnr scheinbaren Bestandteile eines Grundstückes, in der Festgabe für Felix Dahn, Teil III, 1905.

30. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, III. Sachenrecht, Berlin-Leipzig 1888.

31. Paasch, das Abtrennungsrecht gemäß § 997 BGB. und das ius tollendi des Besitzers nach gemeinem Recht, Inaugural-Dissertation, Borna-Leipzig 1905.

32. Pernice-Laber, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. Halle 1895.

33. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1906.

34. Protokolle der Kommission für die erste Lesung.

35. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, III. Berlin 1899.

36. Puchta, System des römischen Pandektenrechtes, II. 9. Aufl.

37. v. Roth, System des Deutschen Privatrechts, III. Tübingen 1886.

38. Ruge, das Wegnahmerecht, Abhandlung, Berlin 1905.

39. Seckel, die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts (Festgabe für Richard Koch) 1903.

40. Sell, Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts III. 1844.

41. Seuffert, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 19. München 1869.

42. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.

43. Siebenhaar, Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 2. Aufl. Leipzig 1869.

44. Simon, die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs, Inaugural-Dissertation, Erlangen 1897.

45. Sintenis, Gemeines Zivilrecht, Leipzig 1868.

46. Sommerbrodt, Beiträge zur Geschichte der Wegnahmerechte, Inaugural-Dissertation, Breslau 1905.

47. Staudinger, Sachenrecht, 3./4. Auflage. 1907.

48. Stobbe, Beiträge zur Geschichte des Deutschen Rechts, Leipzig 1865.

49. Strohal, der Sachbesitz, Jena 1897.

50. Stryk, usus modernus pandectarum, Buch I, Halle-Magdeburg 1749.

51. Schweppe, Römisches Privatrecht II. 1888.

52. Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung (im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 94) Tübingen-Leipzig 1903.

53. Windscheid, Pandekten Bd. I. II. III. 9. Aufl. 1906.

54. M. Wolff, der Bau auf fremdem Boden, in Fischers Abhandlungen 6,2. 1900.

55. Zachariae-Crome, Französisches Zivilrecht, Bd. I. 8. Aufl. Freiburg 1894.

# Einleitung.

## § 1. Das Wesen des Wegnehmerechts.

Der § 997 des Bürgerlichen Gesetzbuches regelt folgenden Fall: Der Besitzer einer Sache hat mit dieser eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden. In diesem Paragraphen wird dem Besitzer das Recht gegeben, diesen Bestandteil wieder abzutrennen und sich anzueignen. Ist die Verbindung in der Weise geschehen, daß eine Sache in der anderen aufgeht, also der Verbindende sein Eigentum zu Gunsten des Eigentümers der Hauptsache einbüßt, so würde es für den Verbindenden einen großen Nachteil bedeuten, wenn ihm nicht durch besondere gesetzliche Vorschriften ein Ausgleich gewährt würde. Ein entwickeltes Rechtssystem muß in irgend einer Weise diesem wirtschaftlichen Bedürfnis genügen. Der Ausgleich kann entweder in der Weise erfolgen, daß der Verbindende einen Ersatzanspruch gegen den, der auf seine Kosten bereichert ist, erhält, oder, daß er die Sache, die er mit der herauszugebenden Sache verbunden hat, wieder wegnehmen darf. Dieses Abtrennungsrecht, das in den Vorläufern des Bürgerlichen Gesetzbuches einen verschiedenen Entwickelungsgang genommen hat, bildet den Gegenstand der folgenden Ausführungen.

# I. Das römische Recht.

## § 2. Allgemeine Uebersicht.

Im Gegensatz zum bürgerlichen Recht, das ein Wegnahmerecht im weiten Sinne fast völlig unbeschränkt zuläßt, ist selbst dem entwickelten römischen Recht zur Zeit der Codifikation

eine systematische Durchbildung des Wegnahmerechts unbekannt. Vielmehr ist die Anwendung desselben nur von Fall zu Fall erörtert, ohne daß ein einheitlicher Grundgedanke hervortritt. Anwendung findet das ius tollendi, das übrigens in der Codifikation noch nicht so benannt ist, ausdrücklich, bei der rei vindicatio, hereditatis petitio, actio de in rem verso, actio rei uxoriae und actio locati et conducti.

Bei einer äußeren Betrachtung derjenigen Stellen des corpus iuris, die für das ius tollendi in Betracht kommen, ergibt sich, daß das Wegnahmerecht beinahe stets im unmittelbaren Anschluß an die Frage nach dem Ersatz der Verwendungen behandelt wird, und, wie später zu zeigen ist, ist das ius tollendi stets nur subsidiär bei Ausschluß des Ersatzes der Verwendungen gegeben, während das Abtrennungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches in erster Linie und gleichberechtigt mit dem Ersatzanspruch in Betracht kommt. Das römische Recht kennt ebenso wie das heutige Recht drei Arten der Verwendungen, nämlich notwendige (necessariae), nützlich (utiles), und luxuriöse (voluptuariae), die weder notwendig noch nützlich sind. Ohne nähere Einzelheiten in Betracht zu ziehen, kann man einen allgemeinen Grundsatz für den Ersatz von Verwendungen nur bei den necessariae aufstellen; denn bei diesen hat der Verwender stets einen Ersatzanspruch, wenn ihm nicht, wie dem fur, jede Entschädigung versagt ist, oder er durch den Fruchtgenuß entschädigt ist. Für nützliche Verwendungen wird nur in bestimmten Fällen Ersatz gewährt, und für impensae voluptuariae kann nur der gutgläubige Erbschaftsbesitzer gegenüber der hereditatis petitio Ersatz verlangen. Ein näheres Eingehen auf die Frage nach der Art und Weise des Ersatzes der Verwendungen ist hier nicht am Platze, da sie mit der Frage nach dem ius tollendi nur im losen Zusammenhang steht, wie unten des näheren ausgeführt wird. Anstatt des Ersatzanspruchs für Verwendungen gewährt das römische Recht in den Fällen, wo die Verwendung in der Verbindung einer Nebensache mit einer Hauptsache besteht, unter gewissen Voraussetzungen das ius tollendi.

## A. Das ius tollendi im vorjustinianischen Recht.

### § 3. Die Wirkung der Verbindung.

Auf die Frage nach der Entstehungszeit des ius tollendi läßt sich eine klare Antwort nicht geben, da für die älteste Zeit sogar die Frage, welchen Einfluß die Verbindung von Sachen, die im Eigentum verschiedener Personen stehen, auf die Eigentumsverhältnisse hat, unentschieden ist. Die lex de tigno iuncto in den XII Tafeln kann vielleicht, wie Sommerbrodt[1]) annimmt, mit Recht als eine Ausnahmevorschrift von dem Grundsatze angesehen werden, daß Eigentumsverhältnisse durch Verbindung keine Aenderung erfahren[2]). Eine selbstverständliche Folge dieses Grundsatzes wäre es, daß jederzeit die Trennung hätte gestattet werden müssen, das Verbot, die Trennung verbauten Materials während der Dauer des Bestehens des Bauwerks zu verlangen, würde nicht auf juristischen sondern auf sozialpolitischen Gründen beruhen: ne aedificia sub hoc praetextu diruantur.[3])

Im entwickelteren römischen Recht begegnen wir formalen, beinahe starr zu nennenden Grundsätzen, nach denen die Verbindung einen Einfluß auf die Eigentumsverhältnisse ausübt. Diese Grundsätze gelten in der klassischen Zeit als Eigentumserwerbsregeln, die auf dem ius gentium beruhen. Die Verbindung zweier Körper kann in verschiedener Weise erfolgen. So kann zunächst eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen verbunden werden. Die Römer unterscheiden die insatio die implantatio und inaedificatio. Ferner können bewegliche Körper mit anderen beweglichen Körpern verbunden werden. Hier kennt das römische Recht die ferruminatio und die adplumbatio. Endlich ist noch erwähnenswert die Vermengung trockener und die Vermischung flüssiger Körper miteinander.

Entscheidend für die Frage, ob eine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen der verbundenen Sachen eintritt, ist der Umstand, ob einer der Sachen, mit der die Verbindung erfolgte, ein derartiges Uebergewicht zukommt, daß die andere Sache da-

---

[1]) Sommerbrodt S. 3.
[2]) Göppert S. 91. Anderer Meinung: Karlowa Bd. II. S. 435.
[3]) D. 47, 3. 1.

durch ihre Selbständigkeit einbüßt, und der Eigentümer der Nebensache sein Eigentum zu Gunsten des Eigentümers der Hauptsache verliert. Es entsteht dann eine neue Einheitssache, an der nach dem das römische Sachenrecht beherrschenden Grundsatze nur ein einziges Eigentum möglich ist. Stehen die verbundenen Sachen einander gleichberechtigt gegenüber, so geht das Eigentum aller bisherigen Eigentümer unter, und es entsteht Miteigentum.

a. Die inaedificatio.

Betrachten wir zunächst die inaedificatio. Für sie gilt der Grundsatz: omne, quod inaedificatur, solo cedit, d. h. dem Eigentum an Grund und Boden kommt eine derartig überwiegende Kraft zu, daß es sich auf das eingebaute Material ausdehnt, sodaß die mit dem Boden verbundene Sache sein Bestandteil wird. Voraussetzung ist, daß die Verbindung eine feste und dauernde ist.

In zweierlei Weise kann die inaedifiatio vor sich gehen, einmal, indem der Grundeigentümer fremdes Material verbaut, sodann indem der Eigentümer des Materials aus diesem auf fremden Boden ein Bauwerk errichtet oder es einem bestehenden fremden Gebäude, z. B. zur Verzierung anfügt. Für das ius tollendi kommt hier nur der an zweiter Stelle genannte Fall in Betracht. Von dem Grundsatz: superficies solo cedit stellen schon die XII Tafeln in der lex de tigno iuncto — wenn man entgegen der oben erwähnten Anschauung sich der Auffassung anschließen will, daß auch in dem ältesten römischen Recht die inaedificatio das Eigentum am Material vernichtete — eine Ausnahme auf. Wenn nämlich der Grundeigentümer fremdes Material, gleichviel ob gut- oder bösgläubig,[1][2]) bei Errichtung eines Gebäudes verbaute, wurde er nicht Eigentümer des Materials, vielmehr blieb grundsätzlich dem Eigentümer der einzelnen Sachen die rei vindicatio. Doch durfte er sie während des Bestehens des Bauwerkes nicht geltendmachen.[3])

---

[1]) Pernice II.² S. 59 II.¹ S. 149.

[2]) Ruge S. 25.

[3]) Dig. 47, 3, 1.

Ein Ausgleich wurde durch Gewährung des doppelten Ersatzes des Materialwertes geschaffen. Auch hier würden diese gesetzlichen Vorschriften ihren Grund darin finden, daß man das Einreißen von Häusern vermeiden wollte.

Das Eigentumsrecht des Materialeigentümers, dem während des Bestehens des Bauwerkes die rei vindicatio versagt war, ging hier erst unter, wenn er den Wertersatz erlangt hatte. War dieser nicht geleistet, oder hatte der Materialeigentümer kein Interesse daran, den Anspruch auf Wertersatz mit der actio de tigno iuncto geltend zu machen, so stand der Anstrengung der rei vindicatio nach Abbruch des Gebäudes nichts im Wege. Doch dies war, wie gesagt eine ausdrückliche durch das Gesetz bestimmte Ausnahme von dem Grundsatze: superficies solo cedit. Durch die inaedificatio ging im entwickelteren römischen Recht allgemein das Eigentum an der Nebensache unter. Unrichtig ist daher die von namhaften Schriftstellern des römischen Rechts, so vor allem von Windscheid[1]) und Dernburg[2]) vertretene Anschauung, daß, ebenso wie nach ihrer Ansicht beim tignum iunctum, allgemein bei jeder inaedificatio während der Verbindung das Eigentum ruhe, daß es ein dominium dormiens sei und sofort mit der Trennung wieder erwache. Selbst im Falle des tignum inctum, dem Ausgangspunkte jener Anschauung, ruht die rei vindicatio, das Eigentumsrecht des Materialeigentümers nicht, sondern es besteht weiter bis zu dem Zeitpunkte, wo der Materialeigentümer mit der actio de tigno iuncto Ersatz erlangt hat, ist mithin auch übertragbar, pfändbar und vererblich[3]). Für die Regelfälle ein dominium dormiens zu konstruieren, verstößt gegen die Quellen. Als hier in Frage kommende Quellenstellen seien angeführt: D. 6. 1. 39 pr., D. 9. 2. 50, D. 39. 5. 14, D. 41. 1. 7. 12, D. 43. 18. 2 und andere mehr. Aus allen diesen Stellen geht klar hervor, daß durch die inaedificatio allgemein das Eigentum der Nebensache zu Gunsten des Eigentums der Hauptsache unterging.

---

[1]) Windscheid Bd. I S. 974.

[2]) Dernburg Bd. I S. 486.

[3]) Ruge S. 26.

### b) Die insatio und implantatio.

Ebenso wie die inaedificatio, führt die insatio, das Aussäen von Samen, und die implantatio, das Einpflanzen von Pflanzen und Bäumen in fremden Grund und Boden, den Verlust des Eigentums an diesen Gegenständen zu Gunsten des Grundeigentümers herbei, und zwar das Aussäen sofort, das Einpflanzen erst mit dem Zeitpunkte des Wurzelfassens. Auch nach der Trennung leben die früheren Eigentumsverhältnisse nicht wieder auf (etsi arbor rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Dig. 41. 1. 26. 1.).

### c) Die ferruminatio und adplumbatio.

Bei der Verbindung beweglicher Körper miteinander geht das Eigentum nur in dem Falle unter, wenn die Verbindung technisch fast unlösbar ist. Eine derartig enge Verbindung wird von den Quellen als ferruminatio, Zusammenschmieden, Zusammenschweißen bezeichnet. Auch hier lebt durch eine spätere Ablösung das frühere Eigentum nicht wieder auf (quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse, Dig. 6. 1. 23. 5.). Eine ähnlich innige Verbindung, wie die ferruminatio für feste Sachen, ist die confusio (Vermischung flüssiger Körper) und die commixtio (Vermengung trockener Körper miteinander). Das Eigentum an den vermischten und vermengten Sachen geht unter, und es entsteht Miteigentum der bisherigen Eigentümer.

Im Gegensatz zur ferruminatio steht die technisch leicht lösbare mehr äußerliche Verbindungsart der adplumbatio, welche die Eigentumsrechte nicht ändert, sondern nur für die Dauer der Verbindung die rei vindicatio ausschließt. Ist der Eigentümer im Besitz der verbundenen Sache, so kann er die Trennung ohne weiteres bewirken, ohne dazu einer besonderen gesetzlichen Erlaubnis, etwas des ius tollendi, zu bedürfen. Ist er nicht im Besitz der Sache, so ist ihm die Möglichkeit gegeben, die actio ad exhibendum anzustellen,[1] D. 6. 1. 23. 5. ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur; dadurch wird der Besitzer gezwungen, die verbundene

[1]) Sintenis Bd. I § 50 S. 503.

Sache als eine selbstständige aufzuweisen, und nunmehr steht der Anstellung der rei vindicatio nichts mehr im Wege. Die notwendige Grundlage für die actio ad exhibendum ist das Fortbestehen eines dinglichen Rechtes, meistens des Eigentums, dessen Geltendmachung vorbereitet werden soll. Ist das Eigenum durch die Verbindung untergegangen, so ist die actio ad exhibendum ausgeschlossen, und, wie weiter unten gesagt werden soll, tritt hier unter gewissen Voraussetzungen das ius tollendi ein. Diese Voraussetzungen sind einmal Untergang des bisherigen Eigentums zu Gunsten des Eigentümers der Hauptsache und sodann die physische Möglichkeit, eine Trennung ohne Zerstörung der Haupt- oder Nebensache herbeizuführen. —

## § 4. Entstehungszeit des ius tollendi.

Das ius tollendi war, wie bereits erwähnt, im corpus iuris kasuistisch geregelt. Es wird hier größtenteils in Verbindung mit den Verwendungen oder vielmehr als deren Ersatz erwähnt. Die Verwendungslehre hat, wie Pernice[1]) annimmt, ihren Ausgang bei der actio rei uxoriae genommen. Der Ehemann konnte für seine Verwendungen Ersatz verlangen, und der Richter konnte ihm dem Ersatz dadurch verschaffen, daß er ihn zur Herausgabe der Dotalstücke erst dann verurteilte, wenn ihm Ersatz für seine Verwendungen geleistet war. Allgemein betrachtet, kann die Lehre von dem Ersatze der Verwendungen erst im entwickelteren Recht entstanden sein, wo vom Richter die aequitas berücksichtigt wurde: nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet. Anfangs hatte eben nur der starre Grundsatz gegolten, daß das Eigentum sofort durch die Verbindung sich auf alle Accessionen erstreckte. Demjenigen, der dadurch einen Verlust erlitt, wurde kein Rechtsmittel gegeben. Im ausgebildeteren Verkehrsleben konnte naturgemäß an diesem starren Prinzip, wonach alles, was der Besitzer, sei es gutgläubig oder schlechtgläubig, auf die Sache verwendet hatte, für ihn verloren war, nicht festgehalten werden. Es war dem Prätor vorbehalten, durch die Aufnahme einer exceptio in die formula diejenigen, die derartige Verluste erlitten hatten, zu

---

[1]) Pernice-Labeo Bd. 2. 1. S. 386.

schützen und den Richter zu veranlassen, ihnen eine Entschädigung zu gewähren, die dem freien Ermessen des iudex oder arbiter unterstand. Es ist somit zu vermuten, daß die Lehre vom Verwendungsersatz seit dem Bestehen der Prätur sich allmählig entwickelt hat. Ruge[1]) nimmt an, daß die Verwendungslehre etwa um 200 v. Chr. entstanden ist. „Aus der in D. 25. 1. enthaltenen Formel: impensae necessariae dotem ipso iure minuunt sei mit großer Wahrscheinlichkeit zu folgern, daß die darin enthaltene eigenartige Fiktion notwendig gewesen sei, um die Berücksichtigung der Verwendungen überhaupt zu ermöglichen. Dieses Ergebnis verweise bezüglich der Entstehung der Formel auf eine Zeit, wo es weder eine exceptio doli noch ein officium iudicis zur Wahrung der Verwendungsgegenrechte gegeben habe“. —

Daraus, daß das ius tollendi in den Stellen des corpus iuris immer im Anschluß an die Verwendungslehre erwähnt worden ist, könnte man schließen, daß dieses Recht sich auch um diese Zeit entwickelt hat; doch bietet ein derartiger Schluß zu erheblichen Zweifeln Anlaß. Denn in den uns erhaltenen Juristenschriften der vorjustinianischen Zeit ist zwar die Lehre von den Verwendungen ausführlich behandelt, doch des ius tollendi ist keinerlei Erwähnung geschehen.[2]) Es haben sogar die Untersuchungen der für ein ius tollendi in Frage kommenden Stellen des corpus iurises als sehr wahrscheinlich nachgewiesen, daß diese Stellen unecht sind, und daß das ius tollendi im Wege der Interpolation durch die Compilatoren im corpus iuris Aufnahme gefunden hat. Für daß ius tollendi kommen, nach Aufzählung Ruge's, etwa 12 Stellen des corpus iuris in Betracht:

| | |
|---|---|
| 1. D. 5. 3. 39. 1. | 7. D. 17. 1. 10. 10. |
| 2. D. 6. 1. 27. 5. | 8. D. 19. 2. 19. 4. |
| 3. D. 6. 1. 37. | 9. D. 25. 1. 9. |
| 4. D. 6. 1. 38. | 10. D. 26. 7. 32. 5. |
| 5. D. 7. 1. 15 pr. | 11. C. 3. 32. 5. 1. |
| 6. D. 15. 3. 3. 4. | 12. C. 5. 13. un. 5. |

[1]) Ruge S. 18.

[2]) Ruge S. 17.

Für die ersten 4 Stellen hat Pernice[1]) den Nachweis der Interpolation geführt, ihm schließen sich Ruge (S. 8 ff.) und Sommerbrodt (S. 12) an. Nach Ruge S. ff) ist sodann die sechste, achte, neunte, zehnte und elfte Stelle der Interpolation dringend verdächtig. Sommerbrodt hält auch die sechste und elfte Stelle für unecht (S. 14 u. 15). Bezüglich der fünften Stelle ist der Sinn nicht genau festzustellen (Ruge S. 13). Die zuletzt genannte Constitution rührt von Justinian selbst her. Eine ausführliche Nachprüfung der für eine Interpolation sprechenden Gründe würde zu weit führen. Erwähnt sei noch, daß es sich in den zu 2. 4. und 9. aufgeführten Stellen übrigens nicht um ein ius tollendi im eigentlichen Sinne handelt, d. h. um das Recht des Herausgabepflichtigen, kraft dessen er vom Eigentümer der Hauptsache verlangen kann, daß dieser die Wegnahme dulde, sondern in erster Linie besteht eine Ersatzpflicht des Eigentümers, und nur, wenn es unbillig wäre, diesem zuzumuten, daß er die kostspieligen Verwendungen bezahle, soll der Verwender froh sein, wenn ihm der Eigentümer die Wegnahme, soweit sie ausführbar ist, gestattet. Es ist sonach mindestens wahrscheinlich, daß sich ein selbständiges Recht, das auf ein tollere pati ging, nicht gleichzeitig mit der Lehre von dem Ersatze der Verwendungen entwickelt hat, sondern einer weit späteren Zeit, wahrscheinlich erst der Zeit kurz vor der Codifikation seine Entstehung verdankt. —

## B. Das ius tollendi nach justianinischem Recht.

### § 5. Das Anwendungsgebiet des ius tollendi.

Prüft man die citierten Stellen, so findet man, daß das ius tollendi nur gegenüber folgenden Klagen gegeben ist: actio rei uxoriae, hereditatis petitio, rei vindicatio, actio de in rem verso und actio locati conducti, und zwar gilt im Einzelnen folgendes:

#### a. actio rei uxoriae.

Gegenüber der actio rei uxoriae ist dem Ehemann abgesehen von dem selbstverständlichen Anspruche auf Ersatz für impensae necessariae das Recht gegeben, die

[1]) Pernice Bd. 2. 1. S. 383 ff.

nützlichen Verwendungen, die nicht mit Einwilligung der Frau erfolgt sind (D 25. 1. 8.)[1]), und die luxuriösen, zu deren Ersatz die Frau nicht bereit ist (D. 25. 1. 9.), zu trennen. Verbietet die Ehefrau die Ausübung des ius tollendi, so ist sie zum Werterſatz verpflichtet. Bei Handelsware galten auch die impensae voluptuariae als utiles (D. 25. 1. 10.), sodaß auch hier die Ehefrau ersatzpflichtig ist, soweit der Wert der Handelsware erhöht ist. Wenn dagegen die Frau gezwungen wäre, die die Sache selbst zu veräußern, um die Mittel für den Wertersatz zu gewinnen, so muß sich der Ehemann auch bei den impensae utiles mit der Wegnahme begnügen (D. 25. 1. 8.).

b. hereditatis petitio.

Die Frage nach dem Ersatz der Verwendungen, die der Erbschaftsbesitzer während seiner Besitzzeit gemacht hat, ist verschieden zu beantworten, je nachdem es sich um einen bonae fidei- oder malae fidei possessor handelt. Während der bonae fidei possessor Ersatz aller Verwendungen, also auch der voluptuariae, beanspruchen darf, erhält der malae fidei possessor nur die notwendigen und die den Wert erhöhenden nützlichen Impensen ersetzt, bezüglich der impensae voluptuariae wird ihm ein Wegnahmerecht eingeräumt (D. 5. 3. 1. 38 u. 39.)[2]).

c. rei vindicatio.

Ungünstiger ist der Harausgabepflichtige gegenüber der rei vindicatio gestellt. Unbedingter Ersatz wird abgesehen vom Diebe, der völlig ungeschützt ist[2]) (D. 13. 1. 13.), nur für die notwendigen Verwendungen gewährt. Für nützliche erhält nur der bonae fidei possessor insoweit Ersatz, als eine Werterhöhung noch vorliegt (D. 6. 1. 48.). Dem malae fidei possessor kommt das ius tollendi zu (D. 6. 1. 37, C. 3. 32. 5.).[3]) Das gleiche Recht wird dem bonae fidei possessor hinsichtlich der impensae voluptuariae gegeben. Ob auch dem malae fidei

---

[1]) Windscheid Bd. III S. 40.

[2]) Windscheid Bd. III S. 541.

[3]) Puchta II S. 170.

[4]) Windscheid I S. 995

possessor das ius tollendi hier zuzubilligen sei, ist streitig, und zwar hat zu diesem Streit der Widerspruch des von Gaius herrührenden Fragmentes 7. § 12. D. 41. 1., der dem malae fidei possessor unbedingt jedes Recht abspricht, mit D. 6. 1. 37. Veranlassung gegeben. Ulpian sagt an dieser, wie oben erwähnt, allerdings der Interpolation verdächtigen Stelle, daß der malae fidei possessor zwar keinen Ersatz im Wege der exceptio doli mali erlangt, fährt aber fort: sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit. Die herrschende Meinung hat sich der letzteren Anschauung angeschlossen.

d. actio de in rem verso.

Mit der actio de in rem verso wird der Gewalthaber, der durch eine Handlung des Gewaltuntergebenen bereichert worden ist, bis zur Höhe dieser Bereicherung für die von dem Gewaltunterworfenen eingegangenen Verbindlichkeiten haftbar gemacht, hat also insoweit auch den Wert der impensae necessariae und utiles zu ersetzen.

D. 15. 3. 3. 4. behandelt nun den Fall, daß ein Sklave mit entliehenem Gelde impensae voluptuariae in Gestalt von Zieraten, mit denen er das Haus des Gewalthabers schmückte, gemacht hat. Dem Gläubiger des Sklaven, dem ein Anspruch gegen den Gewalthaber versagt ist,[1]) da eine wirkliche versio in rem nicht vorliegt, muß der Herr in diesem Falle die Wegnahme der Verzierungen gestatten.

e. actio locati conducti.

Für Verwendungen, die der Mieter auf die gemietete Sache während der Dauer des Mietsverhältnisses gemacht hat, ist ihm Anspruch auf Ersatz gegeben, sofern es sich um notwendige und solche nützlichen Verwendungen handelt, die die Mietsache im gebrauchsfähigen Zustande erhalten (D. 19.2. 55.1) oder den Wert erhöhen, während er wegen sonstiger Verwendungen nur das ius tollendi hat. (D. 19. 2. 19. 4.).

Ausdrücklich heben beinahe sämtliche Quellenstellen noch hervor, daß die Trennung ausführbar sein muß, ohne daß da-

[1]) **Sintenis** II. S. 384.

durch die Haupt- oder Nebensache völlig zerstört wird: sine detrimento ipsius rei.[1]) Das Ergebnis der im Vorstehenden angestellten Untersuchungen läßt sich dahin zusammenfassen:

Das ius tollendi wird nur dann gewährt, wenn ein Anspruch auf Erstattung der Verwendungen ausgeschlossen ist, sodaß es dem Ersatzanspruch als ein subsidiäres, geringwertigeres Recht gegenübersteht. — Daraus, daß das römische Recht das ius tollendi nur in den oben genannten einzelnen Fällen erwähnt, könnte man folgern, daß es ein Ausnahmerecht sei und nur bei den genannten Rechtsinstituten in Frage komme, daß es also z. B. dem Pfandgläubiger, dem Gesellschafter, Commodatar und anderen versagt wäre. Eine derartige Folgerung ist jedoch unzutreffend; denn wo in den Quellen von einem ius tollendi die Rede ist, wird es als ein selbstverständliches und verhältnismäßig wertloses Recht behandelt. Sodann spricht hiergegen, daß es, abgesehen vom Diebe, sogar dem am schlechtesten gestellten Verwender, dem malae fidei possessor gegeben ist. Das ius tollendi ist vielmehr ein ganz allgemein jedem Verwender, sei er Besitzer oder Detentor, zukommendes Recht, wenn er Ersatz nicht verlangen kann, es sei denn, daß es ausdrücklich ausgeschlossen ist. Zu streifen bleibt noch die Frage, ob auch der Ersatzberechtigte auf den Ersatzanspruch verzichten und dafür das ius tollendi ausüben darf. Diese Frage ist zu bejahen, denn es ist kein Grund ersichtlich, warum nicht dem Verwender, dem sogar Ersatz zugebilligt wird, auch das sonst als minderwertig und hinter dem Ersatzanspruch zurückstehende Recht auf Wegnahme zustehen sollte, wenn er es dem Ersatzanspruch vorzicht.[2]) Dies schließt nicht aus, daß der Eigentümer der Hauptsache, wie unten zu zeigen ist, die Ausübung des Wegnahmerechts durch Werterſatz abwenden kann.

## § 6. Ausschließungsgründe.

Wie erwähnt, ist das ius tollendi nur zugelassen bei Verwendungen, deren Trennung von der Hauptsache ausführbar ist

[1]) Dig. 5. 3. 39. 1.

[2]) Ruge S. 36.

(D. 25. 1. 9.), sodaß es nicht zur Anwendung kommen kann, wenn von vornherein feststeht, daß die Hauptsache oder Nebensache durch die Trennung vernichtet wird (ceterum si non recipiant sc. separationen, relinquendae sunt, D. 25. 1. 9.).

Ferner darf die Hauptsache durch die Trennung nicht in einen schlechteren Zustand versetzt werden (quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt, D. 5. 3. 39. 1.). Damit ist aber nicht gesagt, daß die Haupsache durch die Trennung überhaupt keinen Schaden erleiden dürfe; dann würde das ius tollendi so gut wie nie ausführbar sein. Vielmehr ist dies so zu verstehen, daß der Zustand der Sache, wie er vor der Verbindung bestand, wieder hergestellt werden müsse und auch wieder hergestellt werden könne (D. 19. 2. 19. 4.)[1]). Die Kosten für diese Wiederherstellung fallen daher ebenso wie die für die Trennung aufgewandten Kosten dem Herausgabepflichtigen zur Last. Vom Mieter, der sein ius tollendi geltend machen will, kann sogar der Vermieter Sicherheitsleistung für den etwa entstehenden Schaden verlangen (ut damni infecti caveat, D. 19. 2. 19. 4.). Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auch auf andere Fälle, in denen ein ius tollendi gegeben ist, zu erstrecken, liegt kein Grund vor [2]).

Es besteht die Möglichkeit, daß der Eigentümer der Hauptsache ein berechtigtes Interesse am Fortbestehen der Verbindung hat; dafür ist ihm durch das römische Recht eine Handhabe gegeben, um die Trennung zu verhindern. Der Eigentümer kann nämlich das ius tollendi dadurch abwenden, daß er dem Herausgabepflichtigen den Wert ersetzt, den die Nebensache nach der Trennung für diesen haben würde (si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, D. 6. 1. 38., 25. 1. 9.)

Hätte ferner die Nebensache nach der Trennung für den Herausgabepflichtigen keinen Wert, und würde sie nur zu dem Zwecke erfolgen, um dem Eigentümer den Gewinn, den ihm diese Verbindung gebracht hat, wieder zu entziehen, dann besteht das Wegnahmerecht nicht (neque malitiis indulgendum est, D. 6. 1. 38.).

---

1) Sell S. 329.

2) Paasch S. 32.

In diesem Sinne ist auch der Schlußsatz der lex 9. D. 25. 1. — ita enim permittendum est marito, auferre ornatum, quem posuit, si futurum est eius, quod abstulit — zu verstehen, d. h. wenn das, was er abgetrennt hat, etwas für ihn sein wird,[1]) mit anderen Worten: ihm Vorteil bringt, während andere aus dieser Stelle herauslesen wollen, daß eine Trennung nur dann gestattet ist, wenn der Trennende wieder Eigentümer der Sache wird, oder ihm dadurch ein anderes dingliches Recht wieder zufällt[2]) — „hinter dem Anspruch auf Wegnahme muß ein durch die Trennung erwachsendes dingliches Recht an der getrennten Sache stehen[3]).“

Das Wegnahmerecht schließen die Anhänger dieser Ansicht[4]) dann aus, wenn derjenige, der die Verbindung bewirkt hat, nicht Eigentümer der Nebensache gewesen ist, oder ihm daran ein sonstiges dingliches Recht nicht zustand, d. h. also für den Fall, in welchem der Herausgabepflichtige Sachen, die im Eigentum Dritter standen, mit der Hauptsache verbunden hat. Diese Anschauung läßt sich von dem Gesichtspunkte aus widerlegen, daß ein ius tollendi, wie oben erwähnt, nur möglich ist, wenn das Eigentum an der Nebensache zu Gunsten des Eigentümers der Hauptsache untergegangen war. Die Verbindung kommt auch bekanntlich als besondere Art des Eigentumserwerbs in Frage. Von einem Wiederaufleben oder Wiedererwachen kann logischer Weise nicht gesprochen werden, wenn das Eigentum völlig untergegangen ist. Vielmehr entsteht durch die Ausübung des Wegnahmerechts für den Berechtigten ein neues selbständiges Eigentum, das völlig unabhängig von dem früheren ist, sodaß er auch dann Eigentümer der durch ihn getrennten Nebensache wird, wenn sie vor der Verbindung im Eigentum eines Dritten stand. Der Dritte hat sein Eigentum schon durch die Verbindung eingebüßt, und dafür ist ihm der Anspruch entweder auf Ersatz des Wertes oder der Be-

[1]) Ruge S. 33.
[2]) Paasch S. 33.
[3]) Demelius S. 125.
[4]) Paasch S. 33.

reicherungsanspruch gewährt (D. 6. 1. 23. 4.). Durch die Abtrennung und den Eigentumserwerb seitens des Wegnahmeberechtigten wird er nicht mehr geschädigt. —

Es würde auch der Billigkeit nicht entsprechen, wollte man dem Herausgabepflichtigen, der fremde Sachen mit der Hauptsache verbunden hat und deswegen Ersatz zu leisten hat, das ius tollendi entweder ganz versagen, weil er nicht Eigentümer war, oder wollte man das Eigentum und sonstige dingliche Rechte des Dritten, der vielleicht schon entschädigt worden ist, wieder aufleben lassen. —

Ausgeschlossen ist endlich das ius tollendi wenn die Verbindung donandi animo oder in Erfüllung einer Vertragspflicht erfolgt war. Die Quellen geben in diesen Fällen keinen Ersatz für Verwendungen (D. 3. 5. 26. 1.), ohne besonders des ius tollendi Erwähnung zu tun. Doch ist es wohl selbstverständlich[1]), daß in diesen Fällen das ius tollendi gleich dem Ersatzanspruch ausgeschlossen ist. —

## § 7. Der Wegnahmeberechtigte und sein Gegner.

Zur Wegnahme ist in erster Linie derjenige berechtigt, der die Verbindung bewirkt hat, und selbstverständlich auch dessen Universalnachfolger. Es entsteht nun die Frage, ob auch ein Sondernachfolger das ius tollendi geltend machen kann, z. B. der Käufer, der vom gutgläubigen Besitzer kauft. Diese Frage ist zu bejahen, denn dem Rechtsnachfolger wird von den Quellen das Recht auf Ersatz seiner Impensen, soweit es dem Rechtsvorgänger zustand, eingeräumt (D. 10. 3. 14. 1.)[2]). Da nun, wie gezeigt, das ius tollendi ein subsidiäres Mittel zum Ausgleich der durch die Verbindung entstandenen Vermögensverschiebungen ist, so kommt auch dem Sondernachfolger das ius tollendi zu. Nicht besonders erwähnt ist in den Quellen der Fall, daß ein Wechsel in der Person des Eigentümers der Hauptsache eintritt. Es kann wohl aber nicht der mindeste Zweifel entstehen, daß sowohl bei Gesamtnachfolge, wie bei

---

[1]) Ruge S. 34.

[2]) Dernburg § 227 S. 530.

Singularsuccession dem neuen Eigentümer gegenüber das ius tollendi geltend gemacht werden kann. Die rechtliche Natur des ius tollendi läßt sich also dahin feststellen, daß es ein persönliches Recht des Verwenders und seiner Rechtsnachfolger gegenüber jedem Eigentümer der Hauptsache ist.

## § 8. Geltendmachung und Schutz des ius tollendi.

Nach römischem Recht hat der Herausgabepflichtige keinen klagbaren Anspruch gegen den Eigentümer der Hauptsache auf Ersatz seiner Verwendungen und auf Geltendmachung des ius tollendi, soweit ihm nicht auf Grund eines besonderen Vertragsverhältnisses im Einzelfalle eine actio gegeben ist, wie z. B. dem Mieter (D. 19. 2. 19. 4.), der auf Gestatrung der Wegnahme mit der actio conducti klagen kann. Der gutgläubige Besitzer kann, solange er sich im Besitz der Hauptsache befindet,[1]) die von ihm bewirkte Verbindung jederzeit wieder lösen, und zwar selbst dann, wenn durch die Ablösung die Haupt- oder Nebensache völlig zerstört wird, da er ja gewissermaßen an eigener Sache handelt. Derjenige dagegen, der weiß, daß ihm die Hauptsache nicht gehört, könnte meines Erachtens eine Trennung nur in dem ihm vom Gesetz erlaubten Umfange ausführen, chikanöse Ausübung z. B. wäre ihm nicht gestattet. Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch den Eigentümer verliert dagegen der Herausgabepflichtige das eigenmächtige Recht, die Trennung zu bewirken, bedarf vielmehr einer besonderen Ermächtigung durch den Richter (D. 6. 1. 48.), falls nicht der Eigentümer in die Wegnahme einwilligt (D. 6. 1. 27. 5.).

Da keine Klage gegeben war, konnte der Anspruch nur einredeweise geltend gemacht werden exceptione doli posita, (D. 6. 1. 48.). Der Besitzer oder Detentor konnte sein Wegnahmerecht nur dadurch ausüben, daß er der rei vindicatio die exceptio doli entgegenstellte, die auf ein Retentionsrecht

---

[1]) Seuffert Bd. 19 Nr. 124.

[2]) Dernburg I § 227 S. 530.

hinausläuft[1]), das solange wirksam bleibt,[2]) bis der Herausgabepflichtige das durch den Richter gestattete Wegnahmerecht ausgeübt hat. Bei den bonae fidei iudiciis war nach dem Grundsatz: bonae fidei iudiciis exceptio doli inest: die Einrückung dieser exceptio nicht erforderlich. — Die Geltendmachung des ius tollendi ist also nur so lange möglich, als der Herausgabepflichtige sich noch im Besitz oder der Innehabung der Hauptsache befindet. Verliert er den Besitz oder die Innehabung durch Zufall oder gibt er sie dadurch auf, daß er die Hauptsache mitsamt der verbundenen Nebensache, sei es freiwillig oder auf erhobene Klage hin, dem Eigentümer zurückgibt, so geht damit das ius tollendi unter. Dies gilt jedoch nur dann, wenn kein obligatorisches Vertragsverhältnis zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer bestanden hat. Lag ein derartiges Vertragsverhältnis vor, so stand dem Besitzer auch noch nach Rückgabe der Sache ein Anspruch gegen den Eigentümer auf ein tollere pati zu. Die Quellen sagen zwar nur in einem Falle in D. 19. 2. 19. 4, daß dem Mieter eine Klage auf Duldung der Wegnahme . . . competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat . . ., allerdings nur gegen Sicherheitsleistung . . . sic tamen, ut damni infecti caveat . . ., gegeben ist. Es ist jedoch anzunehmen, daß nicht bloß im Falle eines Mietsverhältnisses, sondern auch bei allen anderen Schuldverhältnissen dem Besitzer eine Klage auf Duldung der Wegnahme zustand[3]). — In allen den Fällen aber, in denen ein derartiges Vertragsverhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer nicht bestanden hat, ist dem Besitzer nach Herausgabe der Sache, wie erwähnt, eine derartige Klage versagt. Selbst wenn die Herausgabe unter dem ausdrücklichem Vorbehalte des ius tollendi erfolgt wäre, kann der herausgabepflichtige Besitzer doch nicht klagbar werden; denn er hat ja durch die Verbindung seiner Sache mit der Hauptsache sein Eigentum an der Nebensache zu Gunsten des des Eigentümers der Hauptsache verloren. Auch wenn dem

[1]) Brinz I S. 658. II S. 232.
[2]) Wächter II S. 175.
[3]) Ruge S. 41.

herausgabepflichtigen Besitzer, solange er noch im Besitz der Sache ist, durch Erlaubnis des Eigentümers oder durch richterliche Ermächtigung ein Wegnahmerecht eingeräumt ist, geht doch dieses Recht unter, wenn die Sache aus seinem Besitz an den Eigentümer gelangt ist. Die Klage auf Duldung wäre in beiden Fällen dann ein Eingriff in das wohlerworbene Recht des Eigentümers[1]).

Auch eine conductio war dem Besitzer nicht gewährt. Dies geht aus den Quellen deutlich hervor, wo dem Besitzer ausdrücklich nur ein Retentionsrecht gegeben wird. So D. 10. 3. 14. 1. . . . hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui, ferner[1]) . . . eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione,

sumptus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti neque ab eo, qui praedium donavit neque a domino peti possunt verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur[3]) . . . . und andere Quellenstellen.

## § 9. Erlöschen des ius tollendi.

Das ius tollendi erlischt, wie eben gezeigt, dadurch, daß die Hauptsache mitsamt der Nebensache an den Eigentümer zurückgelangt.

Ferner erlischt das ius tollendi naturgemäß durch Erfüllung, wenn seine Ausübung geduldet wird; ferner, wenn der Eigentümer es dadurch abwendet, daß er dem Herausgabepflichtigen den Wert der Verwendung ersetzt. Auch durch Verzicht wird ein Erlöschen des Wegnahmerechts herbeigeführt. Endlich erlischt es, wenn der Besitzer oder Detentor der Nebensache Eigentümer der Hauptsache wird, d. h. durch Konfusion.

---

[1]) Ruge S. 44.

[2]) D. 44. 4. 14.

[3]) D. 6. 1. 48.

## II. Das deutsche Recht.

§ 10.

Das alte deutsche Recht kennt im Allgemeinen keine Accessionenlehre, insbesondere sind ihm Grundsätze, wie jene, welche das römische Recht z. B. für die ferru minatio und inaedificatio aufstellt, unbekannt. Ein Eigentum sverlust wird durch die Verbindung grundsätzlich nicht herbeigeführt.

Allerdings erweckt es den Anschein, daß mitunter das Eigentum am Baumaterial, das auf fremdem Grund und Boden verbaut wurde, durch die Verbindung unterging und dem Eigentum am Grund und Boden folgte. So besagt z. B. der Edictus Rothari, Kap. 151, . . . si quis molinum in terram alienam aedificaverit et suum probare non potuerit, amittat molinum et omnem operam suam, et ille habeat, cuius terram aut ripam esse invenitur, quia omnes scire debent, quod suum non alienum est. Hier ist aber nicht ausgesprochen, daß das Eigentum durch die Verbindung vernichtet worden ist, sondern weil jeder wissen müsse, was ihm oder anderen gehöre. Diese Vorschrift stellt demnach nur eine Strafnorm für den Eingriff in fremdes Eigentum dar. Nach Wolff[1]) scheint auch in dem begründeten Nachsatz: quia omnes scire debent, quod suum non alienum est, „eine Anlehnung an römisches Recht vorzuliegen".

Aehnliches besagt das der Familie des Sachsenspiegels angehörende gleichfalls auf römisch-rechtlichen Ursprung zurückzuführende[2]) Rechtsbuch des Stadtschreibers Purgoldt in Eisenach: II. 41. Buvet eyner eyn hues wissentlichen uff eynes anderen mannes hoffstadt, das hues volgit mogelichin deme, des die hoffstadt ist. Hat her nhu das hues freventlichen doruff gebuweth, herr vorluset den gebu umme des frevels willin und das her ihme die hoffstadt entphrommedin wollde, und ist eme nicht darumme schuldig zu kerin . . . Dit is dat beschriebin recht. Der freventliche Eingriff in fremdes Gut führt hier zum Rechtsverlust. —

Der Schwabenspiegel bekennt sich ausdrücklich im § 372 zu dem Grundsatz superficies solo cedit:

[1]) Wolff S. 10.
[2]) Wolff S. 11.

Swer uf froemedes ertrich zimberot oder boume uffe froemedes ertrich setzet oder seiget druf, daz is alles dez daz ertrich ist,

ferner im § 375 IV: Swer uf vromdez ertriche unvizzentliche vinreben setzet, und einen wingarten phlanzet, oder uf vromdez ertrich zimmert daz er waent ez si sin. der bu ist iens des daz ertrich ist. er bered ez dann zenheiligen daz er wand daz ertriche war sin.

Da aber der Schwabenspiegel auf den eine teilweise Umarbeitung des Sachsenspiegels — vor allem unter Heranziehung des römischen Rechts — darstellenden Spiegel deutscher Leute zurückgeht, sind die angeführten Paragraphen sicher römischen Ursprungs und können daher nicht als vollwertiges Beweismittel für den oben erwähnten Grundsatz gelten.

Die ältere Litteratur schloß sich jedoch auf Grund dieser Rechtssätze noch ganz allgemein der Anschauung an, daß der Grundsatz superficies solo cedit für das deutsche Recht nachweisbar sei. „Gebäude gelten im allgemeinen als Pertinenz des Grund und Bodens, sie gehören regelmäßig dem Eigentümer des Bodens und teilen das rechtliche Schicksal des Grundes, auf dem sie stehen [1].“ Durch die Verbindung sollte also das Eigentum an der Nebensache mit dem Eigentum an der Hauptsache verschmolzen sein. Zu diesem Inädificationsprinzip steht die neuere Litteratur in völligem Widerspruch, vor allem wenden sich dagegen Wolff, Herbert Meyer und Sommerbrodt.

Nach der Ansicht Wolff's wird im deutschen Recht durch die Verbindung überhaupt keine Eigentumsverschiebung herbeigeführt [2]; wer z. B. ein Gebäude baut, bleibt Eigentümer des Gebäudes, der Grund und Boden verbleibt dem früheren Eigentümer. —

Dieser Satz läßt sich jedoch, so allgemein gefaßt, nicht halten. Grundsätzlich gilt er nur dann, wenn das Material, mit dem auf fremdem Grund und Boden gebaut worden ist, nicht dem Grundeigentümer gehörte [3].

---

[1]) Stobbe S. 62.

[2]) Wolff S. 9. 10.

[3]) Sommerbrodt S. 53.

Dies besagen folgende Quellenstellen: Ssp. II. 53.

Swat die man buwet uppe vremedem gude, dar he tins of gevet, dat mut he wol afbreken of he dannen veret . . . ., ferner Purgoldt II, 102:

Was eyn man buwet uff frommede guthe, do her zcins vone gibt, des mag her abe brechen, ab her von danne czugit.

Ebenso Weistümer,[1]) Rechte von Chiemsee 1393,1462:

Zymert er aber von frömden stamm, so soll yms dann der, der da auf vert, zalen, als er stat an im vindet, oder er mags mit der herrschaft willen gefaren, wo er hin wil, ferner:[2])

denselben zwain pawlewten sol volgen, was sy besunder gemacht und gezymert haben, ob das ist, dass die gemäch aus frömbden wälden gezymert habent, die zu den gütern nicht gehörent.

In allen diesen Fällen handelt es sich immer um ein Bauen mit fremdem Material auf fremdem Grund und Boden.—

Anders liegt es dann, wenn das Gebäude aus Material, das dem Eigentümer des Grund und Bodens gehörte, erbaut worden ist; dann wird das Gebäude als zum Grundstück gehörig betrachtet,[3]) dem Erbauer steht an dem Bauwerk allein kein Recht zu.

Dieser Grundsatz tritt in den Quellen deutlich hervor:

So Weichbild C. 90[4]):

Gibt ein man sinem wibe adir sinen kindern gebuwede daz of czinsgute stet, vor sime hofherrn onde vor sinen nagkeburen, onde wiset her sy dar yn also recht ist, onde komet sin erbe noch des mannes tode, onde wil of daz gebude sprechin, her hat dar nicht an, ap dy vrowe geczug hat, daz is ir gegeben sy. Ist abir daz ertriche des mannes gewest mit deme gebude, so hat sin erbe ansprache dar an deme gude, wen is mag nyman sin eigen geben anders, wen vor dem richter, onde den schephen in gehegtem dinge, onde gibt her es anders, sin erbe hat rechte ansprache dar an.

---

[1]) Grimm Weistümer Bd. 3 S. 674, 675.
[2]) Daselbst S. 674.
[3]) Sommerbrodt S. 53.
[4]) Walther, S. 38, 39.

Gehörte der Grund und Boden nicht dem Manne, so konnte er das Gebäude vor Zeugen seiner Frau oder seinen Kindern übergeben; seine Erben hatten späterhin keinen Anspruch mehr darauf. Stand aber das Gebäude auf seinem eigenen Grund und Boden, so konnte es nur „vor dem richter, onde den schephen in gehegtem dinge“, also „nach den Grundsätzen der Immobiliarveräußerung“ [1]) zusammen mit Grund und Boden übertragen werden und ging mit diesem bei Uebergabe des Grundstücks, falls ein Gegenteil nicht vereinbart worden ist, auf den neuen Besitzer über, so Ssp. II. 21. 5:

Liet ok en herre en gut enem manne sunder underscheit, soat der gebuwes uppe is, dat is des mannes mit sament deme gude.

Nach deutschem Recht galt demnach ein Gebäude als zum Grundstück gehörig, wenn es aus dem Material des Grundeigentümers errichtet worden war; anderenfalls konnte der Erbauer im allgemeinen mit ihm schalten und walten, wie er wollte. Jedoch auch hier gab es einige Ausnahmen, die ihre Begründung in wirtschaftlichen Gesichtspunkten finden.[2])

Wie vorher erwähnt, war der Zinsmann nach Ssp. II. 53 berechtigt, das von ihm auf dem Grund und Boden des Zinsherrn errichtete Gebäude wegzunehmen; tat er dies nicht, so ging es auf den Erben über: Ssp. II. 21, 1:

Die tinsman, sve he si, die erft sin gebu uppe sinen erven uppe tinsgude.

Das Haus galt in diesem Falle als zum Grundstück gehörig, es konnte vom Zinsmanne nicht anderweitig vererbt werden. Der Grund für diese Bestimmung liegt darin, daß das Gebäude zur Bewirtschaftung des Grundstücks notwendig war und deshalb nicht von ihm getrennt werden sollte.

Aus gleichen Gründen bestimmt Ssp. II, 21, 4: hinsichtlich des Lehnsmanns:

Hevet ok en man enen sone, die sin lenerve is unde nicht sin erve na lantrechte, he beheldit doch sines vader gebu uppe sime lene mit mereme rechte, den die, die sin erve sin na lantrechte.

---

[1] Sommerbrodt S. 52.

[2]) Herbert Meyer, S. 287 in der Festausgabe für Felix Dahn S. 49, 50.

Es bleibt noch folgender Fall zu erwähnen:

Der Mann pflegte seiner Frau zur Begründung der ehelichen Gemeinschaft tünete unde timber[1]) — Zaun und Zimmerholz — zum Hausbau zu geben. Das hieraus auf dem Grundstück des Mannes errichtete Gebäude war Eigentum der Frau, sie durfte es nach dem Tode des Mannes beim Verlassen des Grundstücks abbrechen und mitnehmen, jedoch so, dat se de erde nicht ne wunde, Ssp. I, 20, 2.

Dieses Recht stand ihr als Leibzucht zu. Setzte sie das Gebäude auf ihr eigenes Land, so konnte sie es auch anderweitig vererben. Ssp. III. 38, 4: Dot vif ne erft ok nen gebu up iren erven, dat up irer lifgetucht stat, si ne slite's af bi irme live unde settet't up ire egen oder uppe ire len.

Die Leibzucht der Frau endete mit ihrem Tode. Uebte sie demnach das nur ihr persönlich zustehende Recht bei Lebzeiten nicht aus, so verblieb das Haus dem Grundstück. Ssp. II. 21. 3: Hevet ok en wif lifgetucht an egene oder an lene, svat se gebuwes dar uppe hevet svenne sie stirft, dat ne erft se nicht an iren nesten mach, it nimt die, deme dat gut ledich wirt.

Auch hier sind wirtschaftliche Gründe maßgebend gewesen. Das Haus hatte den Zweck, der Leibzüchterin auf Lebenszeit zu dienen. Nach Wegfall dieses persönlichen Rechts diente es weiterhin dauernd den wirtschaftlichen Zwecken des Grundstücks. —

Die letzteren Fälle bilden jedoch nur eine auf wirtschaftlichen Gründen beruhende Ausnahme von dem allgemein im deutschen Recht geltenden Grundsatz, daß beim Errichten eines Gebäudes auf fremdem Grund und Boden das Eigentum am Gebäude nicht verloren ging. —

In diesen Regelfällen kann von einem Wegnahmerecht im römisch-rechtlichen Sinne, das nur dann gegeben ist, wenn durch die Verbindung das Eigentnm der Nebensache im Eigentum der Haupsache aufging, füglich nicht gesprochen werden. Die Wegnahme des Bauwerks geschah hier in Ausübung des Eigentumsrechts.

---

[1]) Herbert Meyer S. 285.

Ebenso kann in dem Falle, wo ein Bauwerk aus dem Grundeigentümer gehörigem Materiale auf dessen Grund und Boden errichtet worden ist, dem Erbauer ein Wegnahmerecht nicht zustehen, denn sämtliche Anlagen und Bauteile gehörten ja von vornherein nicht ihm, sondern dem Eigentümer des Grund und Bodens. Wohl aber steht ihm wegen der aufgewandten Kosten ein Entschädigungsanspruch[1]) gegen den Eigentümer zu:

Grimm, Weistümer III. S. 638 Nr. 5: . . . omb ain beschaydens, also das im sein arbait beschaydentlich erkennt werde . . . . —

Auch in den Fällen, in denen ein auf fremdem Grund und errichtetes Gebäude aus wirtschaftlichen Gründen dem Eigentum am Grund und Boden folgte, kann ein Wegnahmerecht nicht gegeben sein. Das Recht des Zinsmanns und der Witwe, das Bauwerk kraft ihres Eigentums wegzunehmen, war nur ein höchstpersönliches Recht. Es erlosch mit deren Tode. Den Erben, welche die Verbindung gar nicht vorgenommen hatten, stand daher ein Wegnahmerecht nicht zu. —

Ebenso wie die Verbindung eines Gebäudes mit dem Grund und Boden ist auch die Verbindung anderer beweglicher Sachen mit dem Grund und Boden und die Verbindung einer beweglichen mit einer anderen die Hauptsache bildenden beweglichen Sache — z. B. die Einfügung eines Ofens in ein Haus — rechtlich zu behandeln.

Gehörte die verbundene Sache bereits vor der Verbindung dem Grundeigentümer oder dem Eigentümer der beweglichen Hauptsache, so stand dem verbindenden Besitzer kein Anspruch darauf zu. War die verbundene Sache Eigentum des Besitzers, so trat durch die Verbindung regelmäßig keine Aenderung in den Eigentumsverhältnissen ein. Nur in den Fällen, in denen die verbundene Sache niet- und nagelfest mit dem Grundstück oder der beweglichen Haupsache verbunden war und so „dauernd mit dieser oder dem Grundstück zusammen denselben Zwecken[2]) zu dienen bestimmt war" — wo demnach wirtschaftliche Gesichts-

[1]) Sommerbrodt S. 63.

[2]) Herbert Meyer S. 287.

punkte eingriffen —, ging das Eigentum an der beweglichen Sache in dem Eigentum an der Hauptsache auf. —

Aus all dem folgt, daß auch hier in der Regel die Wegnahme in Ausübung des Eigentumsrechtes jederzeit erfolgen konnte. — In den Ausnahmefällen, in denen durch die Verbindung das Eigentum der Nebensache unterging, konnte ein dem römischen ius tollendi entsprechendes Wegnahmerecht aus wirtschaftlichen Gründen nicht Platz greifen. —

Mithin ist im deutschen Recht ein Wegnahmerecht im römisch-rechtlichen Sinne überhaupt nicht gegeben. Die Wegnahme geschah vielmehr, wo sie gestattet war, in Ausübung des Eigentumsrechtes und konnte deshalb im Klagewege[1]) geltend gemacht werden. Sie war auch bei Gebäuden in der frühesten Zeit, als die Häuser noch aus Holz gebaut wurden, ohne Beeinträchtigung des Grund und Bodens leicht möglich. Allerdings war es dem Grundeigentümer gestattet, die für ihn notwendigsten Dinge auszulösen. Erst durch seinen Verzicht wurden sie frei und konnten dann ebenfalls vom Materialeigentümer fortgenommen werden:

Ssp. II 53:

Svat die man buwet uppe vremedem gude, dar he tins af gevet, dat mut he wol afbreken of he dannen veret, . . . . ane den tun vore unde hindene unde dat hus unde den mes; dat sal die herre lösen na der bure kore. Ne dut he's nicht, he vort dat ene mit dem anderen wech.

Späterhin, als man in den Städten zum Steinbau überging, gestaltete sich die Wegnahme bereits schwieriger. Sie blieb aber auch dann noch praktisch durchführbar. Der Eigentümer des Gebäudes wird jedoch weniger Interesse an dem Niederreißen und Fortschaffen der Bausteine als an dem Wertersatz für das stehenbleibende Gebäude gehabt haben. Es lag auch im Interesse der Stadt, das Abbrechen von Gebäuden tunlichst zu verhindern. Deshalb wurde die Wegnahme des Bauwerks späterhin in den Städten gesetzlich ausgeschlossen

[1]) Gierke S. 511 Anm. 16.

und dem Erbauer nur Anspruch auf Werterſatz gewährt[1]. — Aus dieſen Gründen fand auch der eindringende römiſche Grundſatz: supericies solo cedit, wonach durch die Verbindung allgemein das Eigentum der Nebenſache im Eigentum der Hauptſache aufging, im deutſchen Recht leicht Aufnahme. —

## III. Das gemeine Recht und die Stadt- und Landrechte nach der Reception.

§ 11.

Im gemeinen Recht hat der Grundſatz: superficies solo cedit im weſentlichen Geltung erlangt.

Auf fremdem Boden errichtete Gebäude wurden allgemein Beſtandteil des Bodens und daher Eigentum des Grundeigentümers[2]. Dies iſt auch von der Praxis[3]) anerkannt worden, ſo Erkenntnis des O. A. G. zu Celle vom 17. November 1857 und Erkenntnis des oberſten Gerichtshofes für Bayern vom 15. Februar 1879.

Anders ſtand es bei Bauwerken, die nur vorübergehenden Bedürfniſſen dienten; hier trat durch die Verbindung mit dem Grund und Boden keine Aenderung in den Eigentumsverhältniſſen ein.[4]

Ferner hat ſich, da das gemeine Recht in Deutſchland nur ſubſidäre Geltung[5] hatte und durch partikulares Recht ausgeſchloſſen werden konnte — die Richter ſollten die Statuten, Gewohnheiten, die Reichsabſchiede und das gemeine Recht vor Augen haben[6] — kraft lokalen Gewohnheitsrechtes in einzelnen Teilen Deutſchlands ein ſelbſtändiges Stockwerkseigentum erhalten,

ſo Nürnberger Reformation von 1564 XXVI, 10 (ein Keller oder eine Kammer unter dem Gebäude des anderen).

---

1) Sommerbrodt S. 72.

2) Biermann in Jh Jahrb. f. Dogm. Bd. 34 S. 183

3) Seuffert, Archiv für Entſch d. oberſten Gerichte Bd.12 Nr. 125 Bd. 34 Nr. 277

4) Biermann S. 186

5) Beſeler S. 6

6) Stryk S. 20,21.

Auch in Frankfurt a. M. galt dieser Grundsatz. Dies zeigen die Verbote, welche dagegen erlassen wurden, so Frankfurter Reformation von 1578 VI 4. 6. Wir ordnen und wollen auch insonderheit: Wenn eine Behausung in der Erbschafft soll getheilt werden, die aber füglich und ohne Mißstandt nicht zu theilen were: daß sie in alle wege gantz und unzerrissen beysammen gelassen, und nicht einem Teil unden der Käller, dem anderen das erst, widerumb dem anderen das zweyt oder oberst Stockwerk zugeteilt soll werden: Wie denn von Alters in dieser Stat sehr gebräuchlich gewesen ist.

Nach Ausbuchen Provinzialrecht konnte ebenfalls besonderes Eigentum an den oberen Stockwerken erworben, und eine Hypothek an diesen bestellt werden.[1])

Derselbe Grundsatz galt auch in Württemberg, er war allgemein von der Praxis anerkannt, so Entscheidungen des Obertribunals zu Stuttgart vom 22. Januar 1869 und vom 9. März 1870[2]), worin die Zulässigkeit horizontaler Teilung von Häusern als in Württemberg geltendes Gewohnheitsrecht[3]) anerkannt worden ist, ferner Erkenntnis des O. A. G. zu München vom 23. Februar 1867[4]) und Erkenntnis des O. A. G. zu Lübeck vom 20. März 1855[5])

In diesen Fällen bewirkte die Verbindung keine Eigentumsverschiebung.

Für die Frage, inwieweit bewegliche Sachen durch Verbindung mit dem Grund und Boden oder mit einer beweglichen Hauptsache ihre Selbständigkeit verlieren, war nach gemeinrechtlicher Praxis die Stärke und Festigkeit der nicht blos äußerlichen sondern vielmehr innerlichen körperlichen Verbindung maßgebend.[6]) Die Nebensache mußte, ebenso wie in deutschen Recht, als Zubehör[7]) dauernd den wirtschaftlichen

---

[1]) Seuffert. Bd. XXXVI Nr. 106.
[2]) Seuffert Bd. XXIV Nr. 239 u. 299.
[3]) v. Roth S. 162 Anm. 15
[4]) Seuffert Bd. XXI Nr. 99.
[5]) Seuffert Bd. IX Nr. 264.
[6]) Biermann S. 218.
[7]) Seuffert Bd. 39 Nr. 6. Bd. 48 Nr. 170.

Zwecken der Hauptsache dienen, zu „dauernder Kohärenz" [1]) ihr eingefügt sein.

Nürnberger Reformation II. 16. § 6.: So yemand ein Behausung Hofrait oder ander Gut an sich pringt, so sollen Prunnenketten, Prunnensayl und Aimer . . . . und was Niet und Nagel begreift, für eine Zugehörung des erkauften Gutes gehalten werden.

Eine nur zu vorübergehenden Zwecken erfolgte Verbindung bewirkte keinen Eigentumsverlust,

Jülich. Bergisches Landrecht Cap. 95:
Silbergeschirr, Hausgeräth und Eingedöm, was nicht nagelfest ist, . . folgen dem letzlebenden Ehegemahl, also daß er seines Gefallens damit schaffen und handlen mag.[2])

Auch in den Fällen, in denen durch die Verbindung eine Eigentumsverschiebung eintrat, war der Eigentümer der Nebensache, solange er noch im Besitze von Haupt- und Nebensache war, durch seinen Eigentumsverlust nicht wesentlich beschwert, er konnte z. B. das Gebäude nützen, es auch verpfänden.[3]) Ferner konnte er für seine Verwendungen Ersatz verlangen und, falls ihm dieser nicht gewährt wurde, als subsidiäres Recht das Wegnahmerecht ausüben, die Art und Weise der Geltendmachung dieses Wegnahmerechts war im gemeinen Recht streitig. Wie erwähnt, konnte das ius tollendi des römischen Rechts nur einredeweise geltend gemacht werden und erlosch völlig, wenn der Herausgabepflichtige Besitz oder Detention an der Sache verlor. Man glaubte der aequitas dadurch genüge geleistet zu haben, daß man überhaupt schon so weit ging, um den Herausgabepflichtigen gegenüber dem Eigentümer zu schützen. Späterhin wurden aber Stimmen laut, welche verlangten, es müsse dem Besitzer auch nach dem Besitzverluste eine Klage auf Ersatz von Verwendungen und somit auch eine Klage auf Gestattung des ius tollendi gewährt werden. Schon in der Glossatorenzeit standen sich die Ansichten schroff gegenüber. Martinus, dem sich später Azo anschloß, forderte die Klagbar-

[1]) Biermann S. 212.

[2]) Maurenbrecher Bd. I. S. 266/267.

[3]) Biermann S. 191.

keit des ius tollendi, und zwar sollte dem Herausgabepflichtigen die actio negotiorum gestorum utilis gewährt werden.[1]) Der Gegenansicht war Bulgarus und Accursius, welche die Klagbarkeit verneinten. Molinäus bejahte die Klagbarkeit, glaubte aber, daß eine actio in factum Anwendung finden müsse. Kujatius und Donellus setzten den Streit fort, der auch noch zur Zeit der Reception nicht entschieden war. Unter dem Einfluß des deutschen Rechts, das, wie erwähnt, dem Besitzer einen klagbaren Anspruch auf Gestattung des Wegnahmerechts gewährte, erkannte auch die Praxis des gemeinen Rechts die Klagbarkeit an[2]), während sich in neuerer Zeit wieder die Stimmen derer mehrten, die zwar anerkennen, daß die Praxis ein selbstständiges Klagerecht gebe, gleichwohl aber betonen, daß die Klaglosigkeit des Wegnahmerechts auch für das gemeine Recht anzunehmen sei[3]). —[4])

## IV. Die neueren Codifikationen.

### § 12. Das Allgemeine Landrecht.

Das preußische Landrecht vom 5. II. 1794 hat sich auf gemeinrechtlichen und deutschrechtlichen Grundlagen aufgebaut. Dies zeigt sich für unsere Frage bei der Lehre von der Erwerbung des Eigentums der An- und Zuwüchse (A. L. R. I. 9. § 220 ff). Zwar sind im allgemeinen die Grundsätze der römischen Verbindungslehre in das A. L. R. übergegangen. Doch ist der deutschrechtliche Einfluß ganz besonders deutlich erkennbar, wenn man die Grundsätze für das Einbauen fremden Materials auf fremdem Boden betrachtet. Hier folgt das Allgemeine Landrecht nur teilweise dem römischen Grundsatz: superficies solo cedit. Nur wenn der Eigentümer selbst fremdes Material verbaut, gilt dieser Satz. Falls der Einbauende und der Eigentümer des Bodens jedoch verschiedene Personen sind,

---

1) Simon S. 33.
2) Glück Bd. 8 S. 310.
3) Brinz II 2 S. 647.
4) Sintenis I S. 535.

steht dem Eigentümer des Grund und Bodens, wenn er von dem Bau nichts wußte, ein dreifaches Wahlrecht zu:[1]) A. L. R. I. 9 § 327 ff.

Er kann sich das Gebäude gegen Ersatz der Erbauungskosten aneignen; oder er kann dem Erbauer den Boden überlassen und dafür Ersatz verlangen, oder endlich kann er die Wegnahme des Bauwerks verlangen. Hier begegnen wir im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht einem ius tollendi in dem Sinne, daß der Eigentümer die Wegnahme nicht nur gestatten muß, sondern sie sogar verlangen kann. Anders steht es, wenn der Erbauer zugleich zum Besitze des Bodens berechtigt ist. Dann kann er nach den Vorschriften „über das Verhältnis vom Besitzer zum Eigentümer" [2]) Ersatz für die in der Verbindung der Hauptsache mit der Nebensache liegenden Verwendungen verlangen (A. L. R. I 9 § 333). Der Ersatz für Verwendungen ist im A. L. R. I. 7 § 204 ff., I. 9. § 270 ff. eingehend geregelt, kommt hier aber nicht in Betracht. Im vorliegenden Fall handelt es sich darum, ob dem Besitzer auch das ius tollendi gewährt wird.

Ebenso, wie im römischen Recht, wird ihm das Wegnahmerecht dann eingeräumt, wenn er für seine Verwendungen keinen Ersatz erhält.[3]) Das Recht zur Wegnahme ist also ebenso wie im römischen Recht ein Aushülfsrecht. Der redliche und unredliche Besitzer erfahren eine verschiedene Behandlung; daneben kennt das Allgemeine Landrecht noch den unrechtmäßigen Besitzer.

Für luxuriöse Verwendungen, oder wie das Gesetz sagt, Veränderungen, die keinen eigentlichen Nutzen, sondern nur ein Vergnügen gewähren, welches den Kaufwert nicht erhöht (I. 7. § 210), hat der redliche Besitzer, wenn kein Ersatz geleistet wird, stets das Recht der Wegnahme;[4]) die Kosten der Wegnahme trägt der Eigentümer der Hauptsache (I, 7. § 220). Der unredliche Besitzer hat hinsichtlich der nützlichen und luxuriösen Verwendungen nur das Wegnahmerecht: in diesem Falle trägt die Kosten der Weg-

---

[1]) Dernburg Bd. I S. 569.

[2]) Fischer S. 205.

[3]) Dernburg I. S. 606.

[4]) Förster III. S. 118.

nahme der Besitzer (I. 7. § 243). Einen unrechtmäßigen Besitzer nennt das Allgemeine Landrecht den, welcher „in Unkenntnis der Gesetze in der Gültigkeit seines Besitzes irrt“ (I. 7. § 14.). Hinsichtlich der Ersatzansprüche und des ius tollendi steht dieser zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer. Zwar kommt ihm wegen nützlicher und luxuriöser Verwendungen an sich nur das Wegnahmerecht zu, doch erhält er bei Unmöglichkeit des Wegnahmerechts Ersatzanspruch, während der unredliche Besitzer dann völlig schutzlos ist.

Zu erörtern ist noch, ob der Besitzer das Wegnahmerecht nur solange ausüben kann, als er sich im Besitz der Hauptsache befindet, oder ob dies auch nach der Herausgabe im Klagewege geschehen kann. Das Gesetz hat zu dieser Frage keine Stellung genommen, und früher wurde wahrscheinlich unter dem Einfluß des römischen Rechts von einigen Schriftstellern die Frage nach der Klagbarkeit des Wegnahmerechts verneint. „Ein Klagerecht sei weder durch Gesetz begründet, noch würde es der Billigkeit entsprechen, den Zurückempfänger nach Jahren solchen Ansprüchen auszusetzen.“ [1])

In der neueren Litteratur [2]) und in der Praxis (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 55 S. 66, Urteil des R. G. vom 3. Mai 1890 bei Gruchot Bd. 34 S. 1006, 1007) ist jedoch die Klagbarkeit des Wegnahmerechts allgemein anerkannt. [3])

## § 13. Der code civil.

Des französischen Rechts, soweit es auf dem code civil von 1804 beruht, muß hier in kurzem Erwähnung getan werden, da der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, was den Ersatz der Verwendungen und das damit in Verbindung stehende Wegnahmerecht anlangt, sich den Vorschriften des französischen Rechts angeschlossen hat.

Der code civil hat zwar im wesentlichen die Grundsätze der römisch-rechtlichen Verbindungslehre aufgenommen, ihm ist auch

---

[1]) Förster-Eccius III. S. 131. 5. Aufl. Anm. 38.

[2]) Dernburg I. S. 606.

[3]) Förster-Eccius III. 6. Aufl. S. 127. Anm. 38.

der Grundsatz: superficies solo cedit bekannt,[1]) aber dieser ist nicht zwingend, sondern es heißt schon im Art. 553, daß dafür nur eine Vermutung spricht: Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l' intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n' est prouvé. Der Eigentümer der Hauptsache erhält also vermutlich die Nebensache. Er ist aber berechtigt, die Hauptsache in ihrem früheren Zustande zurückzuverlangen,[2]) er kann folglich von dem, der die Verbindung vorgenommen hat, verlangen, daß er die Nebensache wieder wegnehme.

Das ius tollendi wurde im code civil also regelmäßig nicht als ein Recht des Besitzers, sondern als ein Recht des Eigentümers angesehen, der, wenn er die Verwendung nicht behalten will, die Befugnis hat, den Besitzer zur Wegnahme zu zwingen. Der code civil steht, ähnlich wie das Allgemeine Landrecht, auf dem Standpunkte, daß körperliche Verbindungen einer fremden Sache mit der eignen einen unerlaubten Eingriff in die Rechte des Eigentümers der fremden Sache bilden, die diesem die Befugnis verleihen, die Verwendung gegen Ersatz zu behalten oder Beseitung der Verbindung zu verlangen. —

Ein Wegnahmerecht in erster Linie wird dem Besitzer nur beim Nießbrauch eingeräumt, da ihm nach dem auch im französischen Recht geltenden Grundsatz des römischen Rechts, daß der Nießbrauch nur salva verum substantia ausgeübt werden darf, Veränderungen der Nießbrauchsache nicht gestattet und ihm demgemäß nicht zu ersetzen waren.[3])

Daraus, daß die Vermutung des § 533 durch Gegenbeweis entkräftet werden kann, ist zu schließen, daß nicht notwendig durch die Verbindung immer das Eigentum an der Nebensache zu Gunsten des Eigentümers der Hauptsache untergeht. Es ist deswegen erklärlich, daß das Anwendungsgebiet des ius tollendi ein enges ist, da ein Wegnahmrecht nur dann erforderlich ist, wenn die Verbindung das Eigentum an der Nebensache vernichtet.

---

[1]) Art. 552.

[2]) Art. 555 Abs. 1.

[3]) Art, 599 Abs. 2 u. 3

Greift dagegen die Vermutung des Art. 553 Platz, d. h. ist durch die Verbindung Eigentum auf den Eigentümer der Hauptsache übergegangen, so hat der Verbindende Ersatzanspruch für seine Verwendungen und zwar nach dem Grundsatze über die ungerechtfertigte Bereicherung, die versio in rem (Art. 861, 2175.)[1][2].

Es wird dem Besitzer also Ersatz für seine Verwendungen gewährt (Art. 554 ff.), und zwar ist auch hier zwischen den bekannten drei Verwendungsarten zu unterscheiden, wenn auch der code civil nicht direkt eine derartige Teilung vorgenommen hat. Für notwendige und nützliche Verwendungen wird Ersatz geleistet. Sonstige Verwendungen, die nur zur Verschönerung der Sache beigetragen haben — dépenses voluptuaires ou d'agrement (Art. 1635) — kann der Besitzer nur wegnehmen. Nach Ausübung des Wegnahmerechts ist der frühere Zustand wieder herzustellen (Art. 599,3)[3][4].

Chikanöse Ausübung des Wegnahmerechts ist unstatthaft (Anbry et Rau II. § 319 Anm. 39).

Ein Retentionsrecht steht dem Besitzer nicht zu (andrer Meinung Anschütz I. S. 553.). Auch ein Klagerecht wird ihm nicht ausdrücklich gegeben, die Praxis gewährt ihm jedoch ein solches.[5])

## § 14. Das österreichische Recht.

Das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811 kennt eine Verbindung von Sachen verschiedener Eigentümer mit der Wirkung, daß durch diese Verbindung das Eigentum der Hauptsache das der Nebensache in sich aufnimmt. Nach § 418 geht derjenige, der mit eigenen Materialien ohne Wissen und Wollen des Eigentümers auf fremden Boden baut, des Gebäudes zu Gunsten des Eigentümers verlustig.

Der Eigentümer der Nebensache kann allgemein Ersatz der Verwendungen verlangen, die er durch die Verbindung auf die Hauptsache gemacht hat. Es wird auch hier unterschieden

---

1) Anschütz I. S. 553.
2) Zachariae-Crome I. S 612.
3) Anschütz I. S. 553.
4) Zachariae-Crome I. S. 612.
5) Braaz S. 67.

zwischen dem redlichen und unredlichen Besitzer, ferner zwischen den drei bekannten Art en der Verwendungen, die vom Gesetz als „Aufwand" bezeichnet werden.

Nur kann hier nach § 332 der redliche Besitzer auch hinsichtlich der luxuriösen Verwendungen Ersatz in Höhe des gemeinen Wertes verlangen; er hat die Wahl, statt dessen das Wegnahmerecht auszuüben, allerdings wieder ohne Schaden der Substanz. Der unredliche Besitzer kann nach § 336 Ersatz seines Aufwandes verlangen, aber nur in dem Maße, wie ihn ein Geschäftsführer ohne Auftrag fordern könnte. Demnach steht ihm für luxuriöse Verwendungen sicher kein Ersatzanspruch zu. Jedoch ist ihm ein Wegnahmerecht jedenfalls gegeben, denn dieses kommt nach § 1040 sogar demjenigen zu, der sich „gegen den giltig erklärten Willen des Eigentümers eines fremden Geschäftes anmaßet".

Nach österreichischem Recht hat der Eigentümer wie im fränzösischem Rechte die Befugnis, die Wegnahme des Aufwandes selbst verlangen zu können, da er nach § 1038 auf Wiederherstellung des früheren Zustandes klagen kann.

Der Besitzer hat, um sein Wegnahmerecht geltend zu machen kein Retentionsrecht. Im § 334 ist hinsichtlich der Frage, „ob einem redlichen Inhaber das Recht zustehe, seiner Forderung wegen die Sache zurückzuhalten, auf die Bestimmungen des Pfandrechts verwiesen, und § 471, der vom Pfandrecht handelt, besagt, daß „weder der Pfandnehmer noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache befugt sei, dieselbe aus dem Grunde einer Forderung zurückzubehalten". Es dürfte dem Besitzer daher ein Klagerecht zur Durchsetzun g seines Anspruchs nach der Herausgabe nicht abzusprechen sein.

## § 15. Das sächsische Recht.

Der letzte Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich ist das sächsische B. Gb. von 1863, welches in weitem Maße der Commission für den ersten Entwurf zum Vorbild gedient hat. Auch dem sächsischen B. Gb. ist eine derartige Verbindung bekannt, daß dadurch Verschiebungen in den

Eigentumsverhältnissen der verbundenen Sachen hervorgerufen werden.

Wenn nach § 247 bewegliche Sachen mehrerer Eigentümer, gleichviel von wem und auf welche Weise, fest verbunden werden und nicht wieder getrennt werden können, so erwirbt, wenn die Sache des einen als Hauptsache, die des anderen als Nebensache anzusehen ist, der Eigentümer der Hauptsache das Eigentum der Nebensache."

Wie bei der Verbindung beweglicher Sachen ist auch bei der Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache im § 284 bestimmt, daß der Eigentümer der Hauptsache, hier der des Grund und Bodens, Eigentümer der Nebensache wird.

Nach § 287 kann der Eigentümer der Nebensache Ersatzansprüche geltend machen. Ist die Verbindung von dem Eigentümer der Nebensache, als er sich im Besitz der Hauptsache befand, bewirkt worden, so kann er, da die Verbindung nur eine besondere Art der Verwendung ist, Ersatz dafür verlangen[1]). Es kommen hier die §§ 312 ff. in Betracht, und zwar kann der Besitzer die notwendigen Verwendungen erstattet verlangen, die nützlichen dagegen nur der bonae fidei possessor;[2]) die willkürlichen Verwendungen kann jeder Besitzer bloß wegnehmen, „soweit dies ohne Beschädigung der Sache selbst und ohne Chikane geschehen kann[3])." Nach § 316 „kann der Eigentümer die Wegnahme abwenden, wenn er den Wert erstattet, welchen die Einrichtung, im Falle sie weggenommen worden wäre, gehabt haben würde".

Das Wegnahmerecht hat im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht nicht nur subsidiäre Bedeutung für die Frage nach dem Ausgleich der durch die Verbindung bewirkten Vermögensverschiebung, sondern steht gleichberechtigt neben dem Ersatzanspruche und kann nach § 318 sowohl durch eine Einrede gegen die Eigentumsklage als vermittelst besonderer Klage

---

[1]) Siebenhaar zu § 287 S. 294, 295.
[2]) Siebenhaar S. 117.
[3]) § 316.

verfolgt werden. Sogar dem Dieb, der nach § 1499 für Verwendungen keinen Ersatz verlangen kann, dürfte das Wegnahmerecht nicht abzusprechen sein.[1])

---

# V. Das deutsche bürgerliche Recht.

## § 16. Allgemeines.

Bei der Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Wegnahmerechts waren alle Fälle, in denen sich Spuren eines derartigen Rechts zeigten, zu berücksichtigen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gewährt in einer Anzahl von Fällen das Recht zur Wegnahme von Einrichtungen, mit denen eine Sache versehen worden ist, demjenigen, der die Sache auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses besessen hat,[2]) so dem Wiederverkäufer (§ 500 Satz 2), dem Mieter (§ 547 Abs. 2 Satz 2), dem Pächter (§ 581 Abs. 2), dem Entleiher (§ 601 Abs. 2 Satz 2), dem Nießbraucher (§ 1049 Abs. 2), dem Wohnungsberechtigten (§ 1093), dem Pfandgläubiger (§ 1216 Satz 2) und dem Vorerben (§ 2125 Abs. 2).

In diesen Fällen ist das Recht zur Wegnahme ein unbeschränktes. Solange sich der Herausgabepflichtige im Besitze der Sache befindet, kann er die Einrichtung ohne Zustimmung der anderen wegnehmen. Er hat lediglich die Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes.[3]) Ist er nicht mehr im Besitze der Sache, so bedarf er zur Wegnahme der Einwilligung der anderen, die ihm jedoch nicht verweigert werden darf, wenn er für den durch die Wegnahme Sicherheit leistet.

Daneben ist im § 997 dem Besitzer einer Sache, der mit dieser eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, und dessen Besitz auf keinem besonderen Rechtsverhältnis beruht, in beschränktem Umfange ein Abtrennungsrecht gegeben. Desgleichen gibt der § 951 Abs. 2 Satz 2 jedem, der dadurch

---

[1]) Siebenhar S. 316.

[2]) Kretschmar S. 230 Anm. 3.

[3]) § 258 B. G. B.

daß eine ihm gehörige bewegliche Sache durch Verbindung Bestandteil eines Grundstücks oder einer anderen beweglichen Sache geworden ist, einen Rechtsverlust erleidet, ein Wegnahmerecht in den Grenzen des § 997, auch dann wenn die Verbindung nicht von dem Besitzer der Hauptsache bewirkt worden ist.

Gegenstand der folgenden Abhandlung bildet nur das Abtrennungsrecht des Besitzers.

## § 17. Entstehungsgeschichte des § 997.

Der § 997 in seiner jetzigen Fassung ist durch die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches geschaffen worden. Der Kommission für die Ausarbeitung des ersten Entwurfes lag bereits ein Antrag vor, dem § 185 der Teilentwürfe erster Lesung, der nur den Ersatz von Verwendungen behandelte, als Absatz 5 hinzuzufügen: „Veränderungen (Verbesserungen), für welche nach den Bestimmungen des ersten Absatzes ein Gegenanspruch dem Besitzer oder Inhaber nicht zusteht, kann derselbe wegnehmen, wenn er die Sache zugleich in den vorigen Stand setzt, und wenn der Eigentümer ihm nicht den Wert erstattet, welchen die weggenommenen Bestandteile der Sache nach der Trennung haben würden[1])." Die Feststellung der Kommission ging dahin, daß „das ius tollendi nur auf solche Einrichtungen bezogen werden solle, welche wesentliche Bestandteile der fremden Sache geworden und dadurch in das Eigentum der Vindikanten übergegangen sind. Der Kläger solle das ius tollendi durch Zahlung desjenigen Wertbetrages abwenden können, welchen der Beklagte durch Ausübung des ius tollendi sich verschaffen würde[2])."

Der erste Entwurf besagt demnach im § 936 Abs. 3: „Besteht die Verwendung darin, daß mit der herauszugebenden Sache eine andere Sache als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, und erhält der Besitzer oder der Inhaber vom Eigentümer nicht mindestens den Wert ersetzt, welchen die andre Sache nach der Trennung haben würde, so ist er berechtigt,

---

[1]) Protokolle I. Lesung S. 4182.

[2]) Protokolle I. Lesung S. 4186.

diese andere Sache wegzunehmen; er hat jedoch die herauszugebende Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen."

Der erste Entwurf gab wegen sonstiger Verwendungen auf eine Sache, wie das französische Recht, grundsätzlich nur einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. „Der Besitzer oder der Inhaber kann wegen Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, vom Eigentümer insoweit Ersatz verlangen, als der letztere in Folge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des ersteren bereichert ist" (§ 936 Abs. 1), und zwar wird nach Abs. 2, § 936 von der Bereicherung der Wert der durch den Besitzer gezogenen Nutzungen, welche er nicht zu ersetzen hat, in Abzug gebracht.

Durch den Bereicherungsanspruch allein erschien aber dem verwendenden Besitzer kein hinreichender Ersatz für den erlittenen Rechtsverlust geboten, da ihm dadurch der wahre Wert kaum verschafft werden dürfte. Die erste Kommission hielt es daher für angemessen, dem Besitzer oder Inhaber das Recht zur Wegnahme zu geben, wenn der Eigentümer nicht zum Ersatz des vollen Wertes des Bestandteils nach der Trennung bereit war.[1]) Um jeder Schädigung des Eigentümers vorzubeugen, war der Trennende verpflichtet, die Hauptsache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen. Da die Regelung der Verwendungslehre des ersten Entwurfes heftigen Widerspruch fand[2]), hat die Kommission für die zweite Lesung, wie aus den Teilentwürfen 2. Lesung hervorgeht, für die Verwendungslehre neue Grundsätze geschaffen und im Zusammenhang damit auch für das Wegnahmerecht des Besitzers neue Vorschriften aufgestellt: „Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die für das Wegnahmerecht des Mieters geltenden Vorschriften des § 491, Abs. 2 finden Anwendung. Das Recht

[1]) Motive S. 414.

[2]) Gierke, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht S. 349.

Cosack, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B. Heft 13 S. 41 ff.

Krech, daselbst Heft 14 S. 81 ff.

zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach § 908, Abs. 1, Satz 2 — heut § 994 — für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann, oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, welchen der Bestandteil nach der Trennung für ihn haben würde[1]."

Der § 910 der 2. Lesung entspricht sachlich dem jetzigen § 997. Nur ist in diesem hinsichtlich der Art der Ausübung des Wegnahmerechts nicht mehr auf die für Miete geltenden Vorschriften, sondern auf den inzwischen von der 2. Kommission im Schlußentwurf geschaffenen § 251 — heut § 258 — verwiesen. Der § 997 lautet demnach: „Hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen. Die Vorschriften des § 258 finden Anwendung. Das Recht zur Abtrennung ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer nach 994, Abs. 1, Satz 2 für die Verwendung Ersatz nicht verlangen kann, oder die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat, oder ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Trennung für ihn haben würde."

## § 18. Die Voraussetzungen des Wegnahmerechts.

Das Abtrennungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs setzt, wie die bisher besprochenen Rechte, die Verbindung zweier Sachen voraus, und zwar kommt für dieses Recht nur die Verbindung beweglicher Sachen miteinander oder einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache in Betracht. Die Verbindung muß in der Art erfolgt sein, daß die eine Sache, die Nebensache, wesentlicher Bestandteil einer anderen, der Hauptsache, wird. Nach § 93 sind wesentliche Bestandteile einer Sache diejenigen, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Da derartige Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, ist hier wesentlich gleichbedeutend mit unselbständig.[2]) Verliert durch die Verbindung eine beweg-

---

[1]) § 910. Entw. II.

[2]) Fischer-Henle Anm. 1 zu § 93

liche Sache ihre Selbständigkeit, sodaß sie zum wesentlichen Bestandteil einer anderen wird, so erstreckt sich, falls die Verbindung mit einer unbeweglichen Sache erfolgte, das Eigentum an dieser auf die bewegliche Sache.[1])

Wird eine bewegliche Sache dergestalt mit einer anderen beweglichen Sache, die als Hauptsache anzusehen ist, verbunden, daß sie zum wesentlichen Bestandteil wird, so erwirbt der Eigentümer der Hauptsache auch das Eigentum an der Nebensache.[2]) Die durch den Eigentumsübergang entstandene Vermögensverschiebung sucht das Bürgerliche Gesetzbuch dadurch auszugleichen, daß es dem Besitzer, der die Verbindung bewirkt hat, Anspruch auf Ersatz oder das Recht, die verbundene Sache abzutrennen und sich anzueignen, einräumt.

## § 19. Die Bedeutung und Wirkung des Rechts.

In den Fällen, in denen das ius tollendi im Bürgerlichen Gesetzbuch bei dem Besitz einer Sache auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses Anwendung findet, wird stets von dem Recht, eine Einrichtung **wegzunehmen**, gesprochen §§ 500 Satz 2, 547 Abs. 2 Satz 2, 1049 Abs. 2, 1216 Satz 2, 2125 Abs. 2.

Im § 997 ist dagegen von einem Rechte „abzutrennen und sich anzueignen" die Rede, und doch wird dieses Recht vom § 951 Abs. 2 Satz 2 als „das Wegnahmerecht" des Besitzers bezeichnet. Der erste Entwurf kannte nur die Befugnis des Besitzers, die Sache wegzunehmen. Dem Ausdruck „abtrennen und sich aneignen" begegnen wir, wie erwähnt, erst in dem von der Kommission angenommenen Antrage, ohne daß die Protokolle irgend welchen Aufschluß darüber geben, ob damit eine sachliche Aenderung beabsichtigt war. Nach dem Wortlaut des § 997 ist das Recht des Besitzers in zwei Bestandteile zu zerlegen, in das Recht „abzutrennen" und „sich anzueignen." Durch die Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache als deren

---

1) § 946.
2) § 947.

wesentlicher Bestandteil ist, wie oben ausgeführt, die Selbständigkeit der Teilsache untergegangen, das Eigentum und die sonstigen Rechte an ihr sind erloschen. Das dem Besitzer eingeräumte Recht „abzutrennen", gibt ihm zunächst nur die Befugnis, die Verbindung zu lösen, und der Eingriff in das fremde Eigentum ist daher nicht rechtswidrig; er verpflichtet nicht zum Schadensersatz und ist nicht strafbar. Die Trennung ist „ein rein tatsächlicher Vorgang[1]", dem irgend welche rechtliche Wirkungen hier nicht beizumessen sind. Durch sie erlangt die getrennte Sache lediglich ihre Selbständigkeit wieder, und damit ist die Möglichkeit geschaffen, daß sie wieder Gegenstand eigener besonderer Rechte sein kann. Trotz der Trennung, sei sie absichtlich herbeigeführt oder zufällig eingetreten, bleiben die Rechte, die an der Hauptsache begründet sind und deswegen die Teilsache erfaßt haben, vorläufig unverändert bestehen (vergl. § 953). Weder das Eigentum noch die sonstigen dinglichen Rechte, die vor der Verbindung an der Nebensache bestanden haben, leben wieder auf. Vielmehr war, um das Ziel des Wegnahmerechts zu erreichen, dem Besitzer neben dem Rechte, die tatsächliche Lösung der Verbindung zu bewirken, noch die Befugnis, das Eigentum an der Sache zu erwerben, einzuräumen. Er hat das Recht erhalten, sie sich „anzueignen". Der Ausdruck „aneignen" wird vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht nur bei dem Erwerbe herrenloser Sachen angewendet (§ 958), vielmehr findet man ihn auch im § 954: wer vermöge eines Rechtes an einer fremden Sache befugt ist, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache anzueignen, erwirbt das Eigentum an ihnen mit der Trennung, und im § 956: Gestattet der Eigentümer einem Anderen, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile der Sache anzueignen, so erwirbt dieser das Eigentum an ihnen, wenn der Besitz der Sache ihm überlassen ist, mit der Trennung, anderenfalls mit der Besitzergreifung.

Hier handelt es sich gerade wie beim Wegnahmerecht um Erwerb des Eigentums nicht an herrenlosen Sachen, sondern an Sachen, die bisher im Eigentum eines anderen gestanden haben.

---

[1]) Ruge S. 81.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Ausdruck „aneignen“ auch im § 997 Abs. 1 gleichbedeutend ist mit „Eigentum erwerben“.

Tobias[1]) und Ruge[2]) meinen, daß „aneignen“ hier nur in dem Sinne verstanden werden könne, daß durch das Recht der Aneignung seitens des Wegnahmeberechtigten „die gesamten Rechtsfolgen der Verbindung beseitigt und die Rechtslage der verbundenen Sache in allen Teilen so wiederhergestellt wird, wie sie im Augenblicke der Verbindung war“.[3]) Zu dieser Anschauung sind sie durch die Erwägung gelangt, daß es offenbar unbillig wäre, wenn der Besitzer, der seine mit dem Rechte eines Dritten belastete Sache oder gar eine fremde Sache mit der Hauptsache als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, durch Ausübung des Wegnahmerechts seine Sache frei von der Belastung oder die fremde Sache zu Eigentum erwerben würde.

Gestützt wird diese Ansicht vielleicht durch die Motive, die davon sprechen, daß durch das Wegnahmerecht „die in Folge der Verbindung eingetretene Veränderung im Eigentum rückgängig gemacht wird“.[4])

Hellmann vertritt die Auffassung, der gesetzgeberische Gedanke des Aneignens im § 997 Abs. 1 sei der gewesen, daß „durch die Ausübung des dem Besitzer zustehenden Wegnahmerechts zwar nicht ohne weiteres das durch die Verbindung untergegangene Eigentum an der verbundenen Sache wieder auflebe, daß aber der frühere Eigentümer nicht der Rücktradition bedürfe. Vielmehr sei er, wenn er selbst als Besitzer die Wegnahme vollziehe, berechtigt, die Sache an sich zu nehmen, und hierdurch solle er das Eigentum wiedererlangen. Sei aber der Besitzer nicht auch früherer Eigentümer der verbundenen Sache gewesen, so habe er zwar gleichfalls das Wegnahmerecht; allein er werde durch die Wegnahme nicht Eigentümer, sondern durch ihn der frühere Eigentümer[5]).“

---

[1]) Tobias S. 448.

[2]) Ruge S. 82 ff.

[3]) Ruge S. 83.

[4]) Motive S. 414.

[5]) Hellmann S. 291.

Der Besitzer würde hier als Stellvertreter des Eigentümers der Nebensache handeln, und auch hier würden durch die Abtrennung und Aneignung die Rechte Dritter wieder aufleben. Da aber für den Besitzer die Abtrennung allein nicht genügt, sondern als reiner Willensentschluß, das Eigentum daran zu erwerben, die Aneigung hinzutreten muß, so ist es kaum denkbar, daß der Besitzer überhaupt den Willen haben wird, durch die Aneignung für den Dritten Eigentum zu erwerben, zumal dieser durch die Verbindung das Eigentum an seiner Sache verloren hat. —

Mag möglicherweise vom Gesetzgeber eine Regelung im Sinne einer dieser Anschauungen beabsichtigt gewesen sein, so ist sie jedenfalls im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangt, eine Auslegung in jenem Sinne erscheint daher unzulässig.[1] [2]) Der Besitzer erwirbt vielmehr, auch wenn er eine fremde Sache mit der Hauptsache zu wesentlichem Bestandteil verbunden hat, durch die Abtrennung und Aneignung neues Eigentum an der dadurch neu hergestellten Sache.[3] [4]) Von einem Wiederaufleben des Eigentums des Dritten kann nicht die Rede sein, da dieses bereits durch die Verbindung endgültig untergegangen ist. —

Diese wörtliche Auslegung hat auch kein unbilliges Ergebnis zur Folge. Der Dritte hat, solange die Verbindung besteht, nach § 951 Abs. 1 Anspruch auf Vergütung seines Rechtsverlustes gegen den Eigentümer der Hauptsache, und bei Verschulden Anspruch auf Schadensersatz gegen den Besitzer, der die Verbindung herbeigeführt hat; auch kann er das ihm gemäß § 951 Abs. 2 Satz 2 zustehende Wegnahmerecht ausüben, das völlig gleichberechtigt neben dem Wegnahmerechte des Besitzers einhergeht.[5]) Durch die Wegnahme erlangt er aber nicht sein früheres Eigentum zurück, — dieses ist durch die Ver-

---

1) Planck, Bem. 2. zu § 997.
2) Maenner, § 27 Anm. 7/.
3) Gierke S. 523 Anm. 24.
4) Kretschmar Bem. I zu § 997.
5) Kretschmar, S. 230 Anm. 3.

bindung untergegangen — sondern er erwirbt neues Eigentum an der getrennten Sache.[1])

Kommt der Besitzer dem Dritten aber in der Ausübung des Wegnahmerechts zuvor, so kann zwar der Dritte, da die Wegnahme notwendig eine Verbindung zur Voraussetzung hat, sein Wegnahmerecht aus § 951 Abs. 2 Satz 2 nicht mehr gegenüber dem Besitzer geltend machen. Jedoch bleiben ihm die weiteren Rechte aus § 951 erhalten. Er kann von dem Eigentümer der Hauptsache wegen etwaiger Nutzungen, die dieser aus der Verbindung gezogen hat, Vergütung in in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Dieser Anspruch muß ihm aber auch weiterhin gegen den abtrennenden Besitzer gegeben sein.[2]) Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Besitzer durch die Wegnahme etwas auf Kosten des Dritten erlangt hat, denn der Dritte hat dadurch die Möglichkeit, sein Wegnahmerecht aus § 951 Abs. 2 Satz 2 und seinen Ersatzanspruch gegen den Eigentümer der Hauptsache geltend zu machen, eingebüßt. Es fragt sich aber ferner, ob der Besitzer diese Vorteile auch ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Diese Frage ist m. E. zu bejahen. Der Besitzer erwirbt zwar kraft Gesetzes das Eigentum an der getrennten Sache, aber gegenüber dem früheren Eigentümer der Nebensache hatte er an sich nicht den Anspruch auf den Eigentumserwerb. Vielmehr hat er die Berechtigung zur Abtrennung und Aneignung erst durch die von ihm bewirkte Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache erlangt, und zu dieser Verbindung war der Besitzer, da er nicht Eigentümer der Nebensache war, nicht berechtigt. Mithin entbehrt auch der Anspruch des Besitzers auf den Eigentumserwerb dem früheren Eigentümer der Nebensache gegenüber des rechtlichen Grundes.

Dem Dritten verbleibt ferner auch nach der Trennung der Anspruch auf Schadensersatz bei Verschulden des Besitzers.

---

[1]) Kretschmar, Recht 1907, S. 286.

[2]) Planck, S. 322.

## § 20. Der Gegenstand des Abtrennungsrechts.

Gegenstand des Abtrennungsrechts ist eine eigne oder fremde bewegliche Sache, die von dem Besitzer derart mit der Hauptsache verbunden wird, daß sie als ihr wesentlicher Bestandteil in ihr aufgeht.

Damit, daß im § 997 das Abtrennungsrecht nur bei wesentlichen Bestandteilen gegeben ist, soll nicht gesagt sein, daß die Befugnis zur Fortnahme dann nicht besteht, wenn die Nebensache durch die Verbindung mit der Hauptsache nicht ihr wesentlicher Bestandteil wird. Vielmehr ist das Trennungsrecht dann erst recht zuzulassen, da in diesem Falle durch die Verbindung keine Eigentumsverschiebung eintritt.[1]) Die Eigentümer der Nebensache und der Hauptsache behalten ihr Sondereigentum, und da jeder mit seinem Eigentum unbeschränkt schalten und walten kann, ist die Trennung jederzeit durchführbar. Die Geltendmachung erfolgt in diesem Falle durch die Eigentumsklage (§ 985).

Anders verhält es sich bei wesentlichen Bestandteilen. Sie können, wie gesagt, nicht Gegenstand besonderer Rechte sein, folgen vielmehr dem rechtlichen Schicksale der Hauptsache und gehen mit ihr zusammen unter. Jeder Eingriff des Besitzers in das Eigentum, um den Bestandteil wiederzuerlangen, wäre verbotene Eigenmacht und deshalb rechtswidrig.

Im § 997 wird jedoch dem Besitzer, der eine derartige Verbindung herbeigeführt hat, ausdrücklich ein Abtrennungsrecht bei jeder ehemals beweglichen Sache gewährt, und damit fällt das Merkmal der verbotenen Eigenmacht fort.

Nach § 94 B. G. B. sind bei Grundstücken wesentliche Bestandteile „die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, sowie die Erzeugnisse, so lange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Aussäen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören die zur Erhaltung des Gebäudes eingefügten Sachen".

[1]) Crome S. 421.

Bestandteile eines Grundstücks werden jedoch die Sachen nicht, welche nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden oder dem Gebäude verbunden sind (§ 95 B. G. B.).

Das heutige Recht folgt bei dauernder Verbindung dem Grundsatze: superficies solo cedit. Aber auch bei diesen Sachen, die Bestandteile eines Grundstückes geworden sind, ehedem aber selbständige Sachen waren, wird das Abtrennungsrecht gewährt.

Demnach können auch Bäume und Pflanzen, die der Besitzer eingepflanzt hat, sowohl während seines Besitzes, wie bei und nach der Herausgabe des Grundstücks von ihm abgetrennt werden.

In der zweiten Kommission[1]) wurde zwar der Antrag gestellt, daß Bäume und Pflanzen dem Abtrennungsrecht nicht unterliegen sollten; dieser Antrag wurde aber abgelehnt, und daher ist das Abtrennungsrecht auch bei Bäumen und Pflanzen gesetzlich zugelassen.

Da Bäume und Pflanzen durch längere Verbindung mit dem Boden einen Zuwachs erhalten, so sollte nach Ansicht der zweiten Kommission der redliche Besitzer, der ja den Grund und Boden für sein Eigen hält, sie mit dem Zuwachs trennen dürfen, weil in diesem Falle die von dem Besitzer eingesetzten Bäume und Pflanzen als Nutzungen zu betrachten sind, zum Ertrage gehören, mithin der Besitzer nach § 993 nicht zur Herausgabe verpflichtet ist. Der unredliche Besitzer dagegen sollte den Zuwachs herausgeben.[2])

Planck[3]) ist der Ansicht, daß in diesem Falle der unredliche Besitzer bei Wegnahme den Wert des Zuwachses ersetzen muß, oder umgekehrt der Eigentümer, der ja das Recht zum Wertersatz hat, dem Besitzer nur den Wert zu ersetzen braucht, den die Pflanzen und Bäume bei ihrem Einsetzen in den Boden hatten.[4])

---

[1]) Protokolle S. 355.

[2]) Protokolle S. 355—357.

[3]) Planck S. 321.

[4]) Crome S. 422 Anm. 70.

## § 21. Das Abtrennungsrecht und der Ersatzanspruch für Verwendungen.

Ist in der Verbindung der Nebensache mit der Hauptsache als deren wesentlicher Bestandteil eine solche Verwendung zu erblicken, für die der Besitzer Ersatz verlangen könnte, so wird dadurch sein Abtrennungsrecht in keiner Weise beeinflußt.[1])

Das Abtrennungsrecht geht völlig gleichberechtigt neben dem Ersatzanspruch wegen Verwendungen einher. „Der Besitzer kann also wählen ob er Trennungsrecht oder Ersatzanspruch geltend machen will“.[2])

Vor allem ist das Abtrennungsrecht für den Besitzer dann von Bedeutung, wenn er für seine Verwendungen keinen Ersatz verlangen kann, nämlich wenn er als redlicher Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder als unredlicher Besitzer andere als notwendige Verwendungen auf die Sache gemacht hat (§ 996 B. G. B.)

Demnach ist das Abtrennungsrecht des Besitzers kein subsidiäres Recht, wie z. B. das ius tollendi des römischen und gemeinen Rechts. Eine derartig beschränkte Anwendung des Wegnahmerechts ist dem Bürgerlichen Gesetzbuche unbekannt.

Es erübrigt sich daher, hier auf den Ersatz wegen Verwendungen näher einzugehen. Das Abtrennungsrecht ist stets und in erster Linie gegeben.

Da aber das Abtrennungsrecht des § 997 im Gegensatz zu den anderen Wegnahmerechten des Bürgerlichen Gesetzbuches, die beim Besitz auf Grund eines bestimmten Rechtsverhältnisses bestehen und unbeschränkt geltend gemacht werden können, wie später zu zeigen sein wird, mancherlei Einschränkungen unterworfen ist und außerdem stets dem Berechtigten bei der Ausübung auch Pflichten auferlegt, so wird gerade bei der Wahl zwischen Trennungsrecht und Ersatzanspruch der Besitzer sich mehr an letzteren halten, es müßte denn die Sache für ihn einen besonderen Wert haben.

---

[1]) Biermann III S. 201.

[2]) Crome S. 421.

Der Besitzer wird wohl zunächst Ersatz für seine Verwendungen zu erhalten suchen und erst, wenn ihm nur ein geringer oder gar kein Ersatz zukommt oder ihm bei Geltendmachung des Ersatzanspruchs Schwierigkeiten erwachsen, das Abtrennungsrecht ausüben[1]. Dies steht in seinem freien Belieben.

## § 22. Die Ausschließungsgründe.

Dem Besitzer ist im § 997 das Recht eingeräumt, eine Sache, die er mit der Hauptsache als wesentlichen Bestandteil verbunden hatte, abzutrennen und sich anzueignen. Voraussetzung dieses Rechtes ist einmal, daß die Trennung, das eine Teilrecht des Wegnahmerechtes, in Aneignungsabsicht geschieht. Die Trennung allein ohne diese Absicht hat nur die Wirkung, daß die durch die Verbindung zu einem wesentlichen Bestandteil der Hauptsache gewordene Nebensache wieder selbständig wird, daß zwar die Rechte der Hauptsache noch weiterhin an der Nebensache bestehen bleiben (§ 953), daß aber nunmehr auch Rechte Dritter an ihr entstehen können.

Ferner muß die Trennung und Aneignung praktisch möglich sein.

Sieht der Besitzer voraus, daß durch die Trennung die Nebensache zerstört werden würde, so darf er die Trennung nicht vornehmen, da in diesem Falle eine Aneignung ausgeschlossen wäre. Die Trennung würde hier dem Besitzer auch keinen Nutzen bringen, und schon deshalb die Wegnahme ausgeschlossen sein (§ 997, Abs. 2).

Andererseits darf die Wegnahme nicht ausgeübt werden, wenn vorauszusehen ist, daß durch die Trennung zwar nicht die Nebensache, wohl aber die Hauptsache zerstört werden würde. Dies ist zunächst aus der geschichtlichen Entwickelung des Wegnahmerechts, das bereits, wie erwähnt,[2] zur Zeit der Römer nur sine detrimento ipsius rei ausgeübt werden durfte, zu schließen, ferner aber auch ganz allgemein aus dem Wertverhältnis, in welchem die Hauptsache zur Nebensache steht, und

---

[1] Kretzschmar S. 272. Anm. 4.

[2] S. 30,33.

aus dem Verbote, fremde Sachen zu schädigen, soweit der Eingriff ausdrücklich gestattet worden ist.

Der Besitzer würde in diesem Falle auch seiner Verpflichtung, die Hauptsache gemäß § 258 wieder in den vorigen Stand zu setzen, nicht nachkommen können. Daraus ist zu ersehen, daß nach dem Sinne des Gesetzes die Wegnahme nur in den Fällen ausgeübt werden darf, in denen sie ohne erhebliche Schädigung der Hauptsache möglich ist.

Voraussetzung für die Ausübung des Wegnahmerechts ist demnach, daß weder die Haupt- noch die Nebensache durch die Trennung völlig zerstört werden.

Das Recht zur Abtrennung wird weiterhin nicht gewährt, wenn die Verbindung sich als gewöhnliche Aufwendung zur Erhaltung der herauszugebenden Sache darstellt und zu einer Zeit erfolgt ist, für die dem Besitzer die Nutzungen verbleiben (§ 997 Abs. 2, § 994 Abs. 1, Satz 2). Es handelt sich hier um die Zeit vor der Auslieferung der Hauptsache samt dem Bestandteil an den Eigentümer, vor dem Beginn der Unredlichkeit des Besitzers oder der Rechtshängigkeit. Der Besitzer kann für Aufwendungen, die während seiner Besitzzeit von ihm gemacht worden sind und als gewöhnliche Erhaltungskosten anzusehen sind, keinen Ersatz verlangen, kann also nach der Rückgabe nicht auf Duldung der Wegnahme dieser Verwendungen klagen, da sie durch die Nutzungen, die er aus der Hauptsache während seines Besitzes zog, aufgewogen sind. Eine solche Verwendung wären z. B. die Fensterscheiben, die der gutgläubige oder bösgläubige Besitzer eines Hauses hat einsetzen lassen. Ferner ist, wie bereits kurz erwähnt[1]), das Abtrennungsrecht für den Besitzer ausgeschlossen, wenn ihm die Abtrennung keinen Nutzen bringt, und das gilt selbst dann, solange sich der bösgläubige Besitzer noch im ungestörten Besitz der Hauptsache befindet.

In diesen Fällen kann der Eigentümer der Ausübung des Wegnahmerechts widersprechen.[2]) Die Beweislast dafür, daß

---

[1]) S. 56.

[2]) Meisner S. 147. 2.

die abgetrennten Bestandteile für den Besitzer keinen Nutzen haben, liegt dem Eigentümer ob.

Es soll mit dieser Vorschrift verhindert werden, daß der Besitzer sein Abtrennungsrecht nur aus Chikane geltend macht (§ 226 B. G. B.).

Endlich ist das Abtrennungsrecht für den Besitzer ausgeschlossen, „wenn ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde" (§ 997. Abs. 2).

Hierbei ist zweierlei zu prüfen, einmal, ob der Besitzer das Wegnahmerecht erst ausüben darf, nachdem der Eigentümer von der beabsichtigten Trennung Kenntnis erlangt und den Wertersatz nicht angeboten hat, oder ob dem Besitzer das Wegnahmerecht ohne Rücksicht auf diese Kenntnis und Erklärung des Eigentümers zusteht; sodann ist zu untersuchen, welcher Wert durch den Eigentümer zu ersetzen ist.

Solange der Besitzer im gutgläubigen Besitz der Hauptsache ist, kann er meiner Meinung nach das Abtrennungsrecht jederzeit ausüben, denn er hält sich ja für den Eigentümer der Hauptsache. Nur dem bösgläubigen Besitzer und jedem Besitzer nach der Rechtshängigkeit könnte man die Pflicht auferlegen, den Eigentümer von der beabsichtigten Wegnahme auf irgend eine Weise in Kenntnis zu setzen.

Dies tut Crome,[1] indem er verlangt, „daß der Besitzer dem Vindikanten wenigstens Gelegenheit zum Abkauf des Wegnahmerechts geben solle.[2])

Planck geht noch weiter, indem er fordert, „daß der Besitzer vor der Ausübung des Abtrennungsrechts in jedem Falle feststellen müsse, ob der Eigentümer nicht bereit ist, ihm den Mindestwert zu erstatten; er muß also den Eigentümer zur Erstattung auffordern, und erst, wenn dieser alsdann den Ersatz nicht leistet, ist der Besitzer zur Abtrennung berechtigt.[3])"

---

[1]) Crome S. 422.

[2]) Kretzschmar S. 277.

[3]) Planck S. 322, 3c.

Eine derartige Mitteilung wäre selbstverständlich nur erforderlich, solange der Eigentümer die Hauptsache mit der Nebensache noch nicht zurückerhalten hat, da er nachher die Kenntnis dadurch erlangt, daß der Besitzer von ihm Duldung der Wegnahme fordert.

Meiner Meinung nach ist selbst dem bösgläubigen Besitzer eine derartige Pflicht zur Mitteilung oder Gewährung „der Gelegenheit zur Ausübung des Einlösungsrechtes"[1]) nicht aufzuerlegen. Das Bürgereiche Gesetzbuch giebt dem Besitzer ein Wegnahmerecht, dessen Ausübung erst dann ausgeschlossen wird, wenn der Eigentümer von seiner Befugnis Gebrauch macht und den Werterſatz anbietet. Die Wahrung der Interessen des Eigentümers durch eine Mitteilung oder auf andere Art ist dem Besitzer in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift nicht zuzumuten. Der Eigentümer wird schon dadurch genügend geschützt, daß der Besitzer die Verpflichtung hat, die Hauptsache nach der Trennung in den vorigen Stand zu setzen, und nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder bei Bösgläubigkeit dem Eigentümer nach den §§ 989, 990 des B. G. B. für jede Verschlechterung der Hauptsache Schadensersatz zu leisten hat.

Zu erörtern ist noch die zweite Frage, welchen Wert der Eigentümer dem Besitzer zu ersetzen hat, um das Recht zur Abtrennung auszuschließen. Das Gesetz giebt uns dahin Auskunft, daß mindestens der Wert zu ersetzen ist, den der Bestandteil nach der Abtrennung für den Besitzer haben würde. Damit ist ausdrücklich ausgesprochen, daß nicht nur der gemeine Wert zu vergüten ist, vielmehr daß der besondere, konkrete Wert, den die Sache gerade für diesen Besitzer haben würde, erstattet werden muß.

Es kann demnach vorkommen, daß der Eigentümer, wenn er an dem Fortbestehen der Verbindung ein besonderes Interesse hat und sich deshalb zum Wertersatz erbietet, dem Besitzer einen höheren als den gemeinen Wert zu erstatten haben wird.

---

[1]) Kretzschmar S. 277.

Planck[1]) meint sogar, daß das Affektionsinteresse ersetzt werden müsse. Diese Auffassung ist ungenau, da das Affektionsinteresse vom Gesetze, wenn nicht eine ausdrückliche Bestimmung getroffen worden ist (§ 343 B. G. B.), nie berücksichtigt wird. Oefters wird es aber auch Fälle geben, in denen umgekehrt die Nebensache nach der Trennung für den Besitzer einen geringeren Wert hat, als vor der Trennung für den Eigentümer; z. B. werden die Drähte einer elektrischen Leitung, in das Gebäude eingefügt, für den Eigentümer mehr Wert haben, als herausgerissen für den Besitzer. Würde man in diesem Falle nach dem Buchstaben des Gesetzes gehen, so wäre der Eigentümer durch das Recht des Wertersatzes wesentlich besser gestellt, in vorliegendem Beispiel etwa um die Montagekosten bereichert. Daß dies vom Gesetze bezweckt wird, kann nicht angenommen werden. Dem Eigentümer soll nur Gelegenheit gewährt werden, eine für ihn unwirtschaftliche Abtrennung zu verhindern, nicht aber die Möglichkeit gegeben sein, sich dadurch Vorteile zu verschaffen.

## § 23. Der Abtrennungsberechtigte und sein Gegner.

Nach § 997 ist allein zur Wegnahme berechtigt der Besitzer, der die Verbindung der Hauptsache mit der Nebensache vorgenommen hat. Die Wegnahme kann demnach, solange die verbundene Sache noch nicht an den Eigentümer der Hauptsache zurückgelangt ist, nur durch den Besitzer, der die Verbindung hergestellt hat, unmittelbar erfolgen. Hat der Besitzer einem Anderen den Besitz an der verbundenen Sache überlassen, sodaß er selbst mittelbarer, der andere unmittelbarer Besitzer geworden ist, so kann letzterer das Wegnahmerecht nicht ausüben, da er die Verbindung nicht vorgenommen hat. Andererseits ist der mittelbare Besitzer in diesem Falle nur mit Zustimmung des unmittelbaren Besitzers zur Wegnahme berechtigt, bei Verweigerung der Zustimmung wäre die Ausübung des Wegnahmerechtes verbotene Eigenmacht gegenüber dem unmittelbaren Besitzer und damit während dessen Besitzzeit unmöglich.

[1]) Planck S. 322.

Anders liegt es, wenn der Eigentümer die verbundene Sache zürückerlangt hat. Selbst wenn die Rückgabe in obigem Falle durch den unmittelbaren Besitzer erfolgte, kann der früher mittelbare Besitzer vom Eigentümer die Gestattung der Wegnahme verlangen.[1])

Zu erörtern ist noch die Frage, ob ein Besitznachfolger des Wegnahmeberechtigten das Abtrennungsrecht ebenfalls geltend machen kann.

Nach § 999 B. G. B. „kann der Besitzer für die Verwendungen eines Vorbesitzers, dessen Rechtsnachfolger er geworden ist, in demselben Umfange Ersatz verlangen, in welchem ihn der Vorbesitzer fordern könnte, wenn er die Sache herauszugeben hätte.“

Dieser Paragraph spricht von einem Ersatzanspruch wegen Verwendungen; der Besitzer kann wechseln, ohne daß der Anspruch untergeht. Diese Vorschrift findet auch auf das Abtrennungsrecht Anwendung, „da das Abtrennungsrecht nur eine besondere Art des Rechtes auf Ersatz der Verwendungen ist;[2])“ denn dem Besitzer steht ja ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Rechten zu. Das Abtrennungsrecht geht also bei Gesamt- und Sondernachfolge auf den neuen Besitzer über.

Im § 999 heißt es ferner: „Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat.“ Der Nachfolger des Eigentümers muß Ansprüche aus früheren Verwendungen gegen sich gelten lassen. Da, wie gesagt, das Abtrennungsrecht nur eine besondere Art des Verwendungsersatzes ist, so ist auch das Abtrennungsrecht gegen jeden nachfolgenden Eigentümer, sei er Sonder- oder Gesamtnachfolger, gegeben, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er bei Erwerb des Eigentums hinsichtlich der Verwendungen und des Abtrennungsrechts im guten Glauben ist oder nicht.[3]) [4])

---

[1]) Maenner S. 235 Anm. 72.

[2]) Planck S. 324. Anm. 1b zu § 999.

[3]) Biermann S. 203,3.

[4]) Kretzschmar S. 279,4.

Bei Uebertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen würde an und für sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs dem Wegnahmerecht entgegenstehen,[1] falls der neue Eigentümer bei dem Erwerb des Eigentums von dem Abtrennungsrecht keine Kenntnis hatte. Dazu kommt, daß ein derartiges Recht nicht eintragungsfähig ist. Jedoch gerade hier ist der Besitzer durch die Vorschriften des § 999, Abs. 2 geschützt. Er kann seine Verwendungsansprüche und damit sein Abtrennungsrecht gegen jeden neuen Eigentümer geltend machen. Ist die Hauptsache in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt, so ist dieser verpflichtet, die Wegnahme zu gestatten, und diese Verpflichtung geht auf den Rechtsnachfolger des Eigentümers und zwar auch den gutgläubigen über, wenn sich der Eigentumsübergang nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches vollzieht.

## § 24. Die rechtliche Natur.

Solange der Besitzer gutgläubig ist, kann er jederzeit den Bestandteil abtrennen. Dieses Abtrennungsrecht hat keinen bestimmten Gegner, die Verpflichtung eines Andern steht ihm nicht gegenüber. Will der Besitzer nach der Rechtshängigkeit oder der bösgläubige Besitzer einen Bestandteil abtrennen und sich aneignen, so richtet sich dieses Recht gegen den Eigentümer der Hauptsache. Das Gleiche gilt, wenn die Sache wieder in den Besitz des Eigentümers zurückgelangt ist.

Da das Abtrennungsrecht, wie erwähnt, in Folge der Vorschriften des § 999 gegen jeden, auch den gutgläubigen Nachfolger im Eigentum gegeben ist, könnte man zu der Auffassung gelangen, daß es dinglicher Natur sei. Dies ist nicht zutreffend; denn das Recht äußert seine Wirkung nicht absolut gegen jedermann, wie das Wegnahmerecht aus § 951 Abs. 2 Satz 2, das zur Beseitigung des erlittenen Rechtsverlustes dient und dem Eigentümer der verbundenen Nebensache, solange die Verbindung besteht, ohne Einschränkung auf eine bestimmte Person gegeben ist,[2] sondern nur gegen den jedesmaligen Eigentümer der Hauptsache. Ein etwa vorhandenes Wegnahmerecht des Dritten aus

---

[1] Biermann S. 203. Anm. 3.

[2] Kretzschmar, Recht 1907. S. 286.

§ 951 Abs. 2 Satz 2 wird durch das Abtrennungsrecht des Besitzers in seiner Wirkung keineswegs beeinträchtigt. Die beiden Rechte stehen völlig gleichberechtigt einander gegenüber, es entscheidet lediglich die Prävention.[1])

Ein dingliches Recht an dem Bestandteil kann das Abtrennungsrecht auch nicht sein, weil wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können.

Andererseits ist es wiederum nicht persönlicher Natur, da der Verpflichtete nicht von vornherein feststeht, sondern erst durch das Eigentum an der Hauptsache bestimmt ist.

Nach Kretzschmar[2]) begründet das Wegnahmerecht eine actio in rem scripta, d. h. eine Klage, die aus einem persönlichen Rechtsverhältnis hervorgeht und sich ursprünglich gegen einen bestimmten Verpflichteten richtet, beim Vorliegen gewisser Voraussetzungen aber auch gegen Dritte wirkt. Es haftet nämlich in der Weise an der Sache, daß bei einem Wechsel im Eigentum die Verpflichtung zur Gestattung der Wegnahme auf den neuen Eigentümer übergeht.[3])

Ruge[4]) bezeichnet das Wegnahmerecht übereinstimmend mit Seckel[5]) als ein „Gestaltungsrecht". Es rufe nämlich, wenn es von dem Besitzer während der Besitzzeit ausgeübt wird, zwar Rechtswirkungen mit dinglicher Kraft hervor, sei aber trotzdem kein dingliches Recht, da der Anspruch auf Duldung der Wegnahme nicht gegen jeden Besitzer der Haupt- und Nebensache gegeben sei.

Nach Hellwig[6]) ist das Wegnahmerecht ein „Recht des rechtlichen Könnens", da der Besitzer, solange er sich noch im Besitz der verbundenen Sache befindet, durch seinen Willensakt eine von jedermann anzuerkennende Rechtswirkung zu begründen vermag.

---

1) Tobias S. 455.

2) Kretzschmar Anm. 6 zu § 997 S. 278.

3) Kretzschmar, Zentralblatt, S. 9.

4) Ruge S. 86.

5) Seckel, die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts.

6) Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 2/3.

## § 25. Geltendmachung und Schutz des Rechts.

Hinsichtlich der Geltendmachung des Wegnahmerechts ist zu unterscheiden zwischen der Zeit, in welcher der Berechtigte noch im Besitz der Sache ist, und derjenigen, zu welcher der Eigentümer seine Sache wiedererlangt hat.

Ersteren Falles steht es, wenn nicht Ausschließungsgründe vorliegen, dem Besitzer allgemein zu. Doch verletzt die Ausübung des Wegnahmerechts ohne Berücksichtigung der etwa vorhandenen Ausschließungsgründe die Rechte des Eigentümers der Hauptsache, ist also rechtswidrig und verpflichtet nach § 823 Abs. 1 B. G. B. den Besitzer zum Schadensersatz.

Verlangt der Eigentümer die Herausgabe der Sache, so hat der Besitzer, soweit ihm Anspruch auf Ersatz von Verwendungen oder ein Wegnahmerecht zusteht, das Recht, die Sache solange zurückzuhalten, bis ihm nach seiner Wahl entweder Werterſatz oder das Wegnahmerecht vom Eigentümer eingeräumt wird. Dies gilt nicht, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (§ 273 B. G. B.). Zwar spricht der § 273 nur von Verwendungen, doch ist wiederholt ausdrücklich hervorgehoben, daß die für den Verwendungsersatz bestehenden Vorschriften auch auf das Wegnahmerecht anwendbar sind. —

Wenn der Eigentümer auf irgend eine Weise die Sache wiederlangt hat, geht dadurch der Besitzer seines Rechtes keineswegs verlustig. Er hat nach § 258 gegenüber dem Eigentümer den Anspruch auf Duldung der Wegnahme. Der Eigentümer kann jedoch „die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird“ (§ 258 Satz 2). Ihm steht eine aufschiebende Einrede zu. Falls der Besitzer ihm Sicherheit geleistet hat, kann der Eigentümer die Wegnahme nicht mehr verhindern, ohne sich der Gefahr auszusetzen, in Verzug zu geraten und schadensersatzpflichtig zu werden.

Falls der Besitzer und der Eigentümer sich nicht auf gütlichem Wege einigen, kann der erstere gegen letzteren auf Duldung der Wegnahme klagen. Durch die Einrede der mangelnden Sicherheitsstellung kann der Eigentümer erreichen, daß

er nur bedingt verurteilt wird. Die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteil kann, da die Gestattung des Wegnahmerechts nicht bloße Abgabe einer Willenserklärung ist, nicht nach § 894, sondern nach §§ 890, 892 C. P. O. erfolgen. Die Duldung der Wegnahme kann daher durch Geld- oder Haftstrafe erzwungen, und der Widerstand des Schuldners unter Zuziehung eines Gerichtsvollziehers beseitigt werden.

Zu streifen bleibt noch die Frage, wie das Wegnahmerecht bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu behandeln ist. Da nach § 91 Abs. 1 Zw. V. G. durch einen rechtskräftigen Zuschlagsbeschluß alle Rechte erlöschen, die nicht nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben sollen, würde auch das Wegnahmerecht untergehen. Der Berechtigte kann sein Recht dem Ersteher des Grundstücks und dessen Rechtsnachfolgern gegenüber nur dadurch wahren, daß er gemäß § 771 C. P. O. seinen Widerspruch geltend macht und „rechtzeitige Einstellung"[1]) des Verfahrens herbeiführt. Versäumt dies der Wegnahmeberechtigte, so tritt an die Stelle des Wegnahmerechts ein Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses.[2])

Wird über das Vermögen des zur Duldung der Wegnahme Verpflichteten der Konkurs eröffnet, so geht das Abtrennungsrecht des Besitzers nicht dadurch unter.[3]) Ihm ist anstatt des Anspruchs auf Duldung ein Aussonderungsrecht auf Grund des § 43 K. O. zuzusprechen (E. R. G. Bd. 42. S. 194 ff.).[4])

## § 26. Erlöschen des Abtrennungsrechtes.

Das Abtrennungsrecht erlischt vor allem durch Ausübung und durch Verzicht des Abtrennungsberechtigten. Sodann hat das Unmöglichwerden der Abtrennung, z. B. der Untergang der Sache, ein Erlöschen des Rechtes zur Folge. Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch auf Gestattung der Wegnahme durch eine peremptorische Einrede dauernd ausgeschlossen ist, da in

[1]) Kretschmar S. 9 ff. im Zentralblatt.
[2]) § 37, 5 Zw. V. G.
[3]) Kretzmar S. 12 ff.
[4]) Ruge S. 96.

diesem Falle der Anspruch zwar nicht vernichtet, wohl aber dessen Geltendmachung unmöglich wird. Ferner hört bei Vereinigung des Eigentums und des Wegnahmerechts in einer Person das letztere auf, als ein besonderes Recht zu bestehen.

Endlich ist noch zu erörtern, ob das Wegnahmerecht der Verjährung unterliegt. Im Gesetz findet man in dieser Hinsicht keine ausdrückliche Vorschrift. Nach § 194 gilt ganz allgemein, daß das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, der Verjährung unterworfen ist. Die Vorschriften über die Verjährung finden daher auch auf das Wegnahmerecht Anwendung, denn die Duldung des Wegnahmerechts ist ein Tun im Sinne dieses Paragraphen. Es entsteht nunmehr die Frage, wie lange die Verjährungsfrist dauert. Ruge und Bachof glauben, daß in Ermangelung einer besonderen Bestimmung die ordentliche Verjährungsfrist Anwendung finde. Kretzschmar dagegen meint, daß § 1002 sinngemäß auf das Wegnahmerecht auszudehnen sei, der besagt, daß nach Herausgabe der Sache an den Eigentümer der Anspruch des Besitzers auf den Ersatz der Verwendungen mit dem Ablauf eines Monats, bei einem Grundstücke mit dem Ablauf von 6 Monaten nach der Herausgabe verjährt, wenn nicht vorher die gerichtliche Geltendmachung erfolgt oder der Eigentümer die Verwendungen genehmigt.

Dieser Anschauung ist beizutreten, und zwar erstens, weil auch sonst sich die gleiche Behandlung mit den Verwendungen beim Abtrennungsrecht nötig gezeigt hat, dann aber auch, weil es unbillig wäre, wollte man, nachdem der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen erloschen ist, dem Verwender das Wegnahmerecht erhalten.

Der § 1002 ist meines Erachtens auch auf das Wegnahmerecht anzuwenden, neben welchem ein Anspruch auf Ersatz der Verwendungen nicht einherging.

Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt mit der Herausgabe der Sache an den Eigentümer, nicht schon mit der Kenntnis von dem Wegnahmerecht.

# Lebenslauf.

Am 22. Juli 1882 wurde ich zu Zernik, Kreis Gnesen (Prov. Posen) als Sohn des Gutsbesitzers Ludwig Rumler geboren. Ich bin evangelisch. Ich besuchte zunächst das Gymnasium zu Gnesen, sodann nach der Uebersiedelung meiner Mutter nach Breslau das hiesige Johannes Gymnasium, woselbst ich Ostern 1903 die Reifeprüfung bestand. Ich widmete mich dem juristischen Studium und hörte im ersten Semester in Tübingen die Vorlesungen der Herren Professoren

Beling, Geib und Rümelin.

Die ferneren Semester studierte ich in Breslau und hörte hier die Vorlesungen der Herren Professoren

Beyerle, Dahn, Fischer, Gretener, Heilborn, Hedemann, Klingmüller, Leonhard, Herbert Meyer, Schott und Sombart.

Am 2. Dezember 1907 bestand ich vor der Prüfungskommission in Breslau die erste juristische Prüfung. Hierauf bin ich als Referendar bei dem Kgl. Amtsgericht in Trachenberg, dem Kgl. Landgericht und der Kgl. Staatsanwaltschaft in Breslau beschäftigt gewesen. Seit dem 3. Februar 1910 arbeite ich bei Herrn Rechtsanwalt Gerstenberg und Herrn Notar Justizrat Viktor Neumann in Breslau.

Im Februar 1908 bestand ich das Rigorosum. Allen genannten Herren Professoren und den Herren Richtern, welche mich ausgebildet haben, schulde ich den größten Dank. Insbesondere sage ich den Herren Professoren Schott und Herbert Meyer an dieser Stelle meinen ergebensten Dank für ihre liebenswürdige Hilfe, die sie mir bei der Entstehung dieser Abhandlung haben zuteil werden lassen.